خليج البحار
في شرح ملتقى الأبحر

تأليف

الإمام العلامة محمد بن إبراهيم بن محمد الرومي
الشهير بابن قصاب زاده (ت ١٠٥٥هـ)

يحقق لأول مرة على ثلاث نسخ خطية

دراسة وتحقيق

مجموعة من الأفاضل في كلية الإمام الأعظم في العراق

تقديم

الأستاذ الدكتور الشيخ مصطفى ديب البغا
الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي
الأستاذ المساعد الدكتور يوسف خطار محمد

اعتنى به

مركز أمير لتحقيق المخطوطات في كركوك

المجلد الثالث

كتاب الأيمان إلى كتاب الشهادات

مكتبة أمير
كركوك . العراق

دار ابن حزم

خليج البحار في شرح ملتقى الأبحر

(٣)

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: ١٢٢]

رسائل مقدمة إلى مجلس كلية الإمام الأعظم الجامعة، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية.

(تخصص فقه)

الطَّبْعَة الأولى
١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١م

ISBN: 978-9959-858-77-1

دار ابن حزم
بيروت – لبنان – ص.ب : 14/6366
هاتف وفاكس : 701974 – 300227 (009611)
لبريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb
الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

(كتاب الأيمان)

وهو جمع (الْيَمين)[١] ذكرها عقيب الإعتاق؛ لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل والإكراه فيهما.

اليمين لغة: القوّة، قال الله تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴿٤٥﴾﴾[٢] [الحاقة: ٤٥]؛ أي: بالقوة والقدرة.

وشرعاً: (تَقْوِيَة أحد طرفِي الْخَبَر بالمقسم بِهِ) نحو: والله لأفعل كذا.

اعلم أنّ اليمين نوعان:

نوع يعرفه أهل اللّغة، وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به، ويسمّون ذلك قَسَماً، إلّا أنّهم لا يخصّون ذلك بالله، وفي الشّرع: هذا النوع من اليمين لا يكون إلّا بالله.

والنّوع الآخر الشرط والجزاء، وهو يمين عند الفقهاء؛ لما فيها من معنى اليمين، وهو المنع والإيجاب، ولكن أهل اللغة لا يعرفون ذلك؛ إذ ليس فيه معنى التعظيم.

والمصنف رَحِمَهُ اللَّهُ بدأ الكتاب ببيان النوع الأوّل فقال: (وَهِي)؛ أي: الأيمان بالله (ثَلَاث: غموس) هو فعول بمعنى فاعل، سُميت به؛ [أ/١٨٢]

(١) كلام الناسخ (اليمين لغة: القوة، وشرعاً: تقوية الخبر بذكر اسم الله تعالى؛ نحو: والله لأفعلنّ كذا، أو والله لا أفعل كذا) في (ج).

(٢) في (أ) و(ب) الآية مكتوبة: «إذا أخذنا منه باليمين» وهو خطأ.

لأنَّها تغمس صاحبها في الإثم في الدّنيا، وفي النّار في العقبى[(١)] (وَهِي حَلِفُهُ على أَمر مَاض أَو حَال كذباً) نصب على تمييز، أو على حال من الضّمير في قوله: (حَلِفُه)؛ أي: كاذباً (عمداً)، إمّا تمييز أو مفعول مطلق بحذف المضاف أو الموصوف، وأمّا حال بعد حال سواء كان على فعل، مثل قوله: والله لقد فعلت كذا، وهو يعلم أنّه لم يفعله، أو على تركه، نحو قوله: والله ما فعلتُ كذا، وهو يعلم أنّه فعله، أو على غيرهما نحو قوله: والله إنه لحجر[(٢)] الآن، و[هو][(٣)] يعلم خلافه.

(وَحكمهَا الْإِثْم)؛ لقوله [ﷺ][(٤)]: «من حَلَف كاذباً؛ أدخله الله النار»[(٥)]، (وَلَا كَفَّارَة فِيهَا إِلَّا التَّوْبَة).

وقال الشافعيّ: تجب فيها كفّارة؛ لأَنَّها لما وجبت باليمين المنعقدة فبالغموس أولى[(٦)].

ولنا: قوله ﷺ: «خمس من الكبائر لا كفّارة فيها: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، ونهب المسلم، والفرار من الزّحف، واليمين الغموس[(٧)]»[(٨)]، والبرّ متصوّر في المنعقد دون الغموس، ولا قياس عليه.

---

(١) في (ج): (الآخرة).

(٢) في (ب): (حجر).

(٣) سقط من: (أ) و(ب).

(٤) سقط من: (أ).

(٥) قال الزيلعي في نصب الراية: (غريب بهذا اللفظ)، كتاب: الأيمان، باب: من حلف يميناً كاذباً (٣/٢٩٢).

(٦) الحاوي الكبير: ١٥/٦٠٢.

(٧) سقط من: (ج).

(٨) ورد الحديث في سنن الترمذي بلفظ: «إن من أكبر الكبائر الشرك بالله وعقوق الوالدين واليمين الغموس...» عن عبد الله بن أنيس الجهني، وقال: (هذا حديث حسن غريب) برقم: (٥٠٠٩) (٤/٣٠٣)، وينظر: نقل الدليل المبسوط، للسرخسي: (٨/١٢٨)، ومجمع الأنهر: (٤/١٧)، والاختيار: (٤/٥١).

(ولغو)؛ أي: ساقط لا يعتدّ به في الشرع، يُقال: لغا يلغوا لغواً، ولغى يلغى لغاً، من باب نصر وعلم؛ أي: هدر، والأوّل أفصح، (وَهِي حلفه على أَمر مَاض يَظُنّهُ كَمَا قَالَ، وَ) الحال (هُوَ بِخِلَافِهِ)؛ أي: إن[1] ذلك الأمر في الواقع خلاف [ما ظنّه، كما إذا حلف أنّ في هذا الكوز ماءً بناءً على أنّه رآه كذلك، ثمَّ أريق، ولم يعرفه][2]، (وَحكمهَا رَجَاء الْعَفو) من الله الغفور حيث لم يتعمّد بالكذب، وإنّما ذكرنا الرجاء مع أنّ[3] عدم المؤاخذة بها ثابت بالنصّ، لقوله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] بناءً على الخلاف في اللّغو، فإنّه عند الشافعيّ ما يجري على اللّسان من غير قصد، سواء كان على الماضي أو غيره، بأن قصد التسبيح فجرى على لسانه اليمين مثلاً.

وعن محمّد: إنّه قول الرّجل [في كلامه][4]: لا والله، بلى والله، وأي والله، فلا يعلم من الآية عفو ما ذكره من اللّغو قطعاً، مع أنّ فيه نوع تواضع وزجر عن الإجزاء عليه.

ومنعقدة: (وَهِي حَلِفُهُ على فعل أَو ترك فِي الْمُسْتَقْبل، وَحكمهَا)؛ أي: حكم اليمين المنعقدة (وجوب الْكَفَّارَة إِن حنث) ولو سهواً، أو كرهاً، (وَمِنْهَا)؛ أي: من اليمين المنعقدة: (مَا يجب فِيهِ الْبر)؛ أي: حفظ يمينه (كَفعل الْفَرَائِض)؛ كقوله: والله لأصومنّ رمضان، (وَترك الْمعاصِي، وَمِنْهَا: مَا يجب فِيهِ الْحِنْث كَفعل الْمعاصِي) عصمنا الله تعالى، (وَترك الْوَاجِبَات، وَمِنْهَا: مَا يفضل فِيهِ الْحِنْث كهجران الْمُسلم وَنَحْوه)؛ لقوله ﷺ: «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها؛ فليأت بالّذي هو خير، ثمَّ ليكفّر عن يمينه»[5]، (وَمَا عدا ذَلِك) ممّا لا (يفضل فِيهِ) الحنث

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) من قوله: (ما ظنّه) إلى (يعرفه) سقط من: (ج).
(٣) من هنا إلى نهاية هذا الكتاب (الأيمان) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: النذور، باب: من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها، برقم: (١٦٥٠) (١٢٧٢/٣)

كما إذا قال: والله لا أكلّم زيداً يفضل فيه (**الْبر حفظاً للْيَمِين**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَاحْفَظُوٓاْ أَيْمَٰنَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] (**وَلَا فرق فِي وجوب الْكَفَّارَة بَين الْعَامِد، وَالنَّاسِي**)؛ أي: المخطئ، كما إذا أراد أن يقول: اسقني الماء، فقال: والله لا أشرب الماء، (**وَالْمكْره فِي الْحلف أو الحنث**)، والأصل فيه قوله ﷺ: «**ثلاث جدّهنّ جِدّ وهزلهنّ جِدّ: النكاح، والطلاق، واليمين**».

(**وَهِي**)؛ أي: الكفّارة (**عتق رَقَبَة**) مسلمة أو كافرة، صغيرة أو كبيرة، ولو قال: إعتاق رقبة، مكان قوله: (عتق رقبة)، لكان أحسن، (**أَو إطْعَام عشرَة مَسَاكِين**) تمليكاً أو إباحة، وجاز إطعام واحد في عشرة أيّام (**كَمَا فِي عتق الظِّهَار وإطعامه**)؛ أي: الظهار، (**أَو كسوتهم**) على التخيير بينهما كما في قوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية (**كل وَاحِد**) من العشرة (**ثوباً يستر عَامَّة بدنه هُوَ الصَّحِيح**) المروى عن الشيخين؛ لأنّ لابس ما يستر به أقلّ البدن يُسمّى عارياً عرفاً، فلا يكون مكتسياً، وعن محمّد: لو كسى كلّاً منهم ثوباً يجوز فيه الصّلاة يجزئ؛ لأنّه يكون بهِ مُكْتَسِياً شرعاً، (**فَلَا يجزئ السَّرَاوِيل**) إلّا إذا كان قيمته قيمة طعام عشرة مساكين، فإنّه حينئذ يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة.

(**فَإِن عجز عَن أَحدهَا**)؛ أي: إن لم يقدر المكفّر إعتاق رقبة، ولا إطعام عشرة مساكين، وكسوتهم، (**عِنْد الْأَدَاء**)؛ أي: وقت إرادة الأداء؛ (**صَامَ ثَلَاثَة أَيَّام**)، فإن حنث معسراً فَأَيْسَرَ، لا يجوز له الصوم، وعكسه جاز، [وعند الشافعيّ: على القلب](1)، (**مُتَتَابِعَات**)؛ لقراءة ابن مسعود [رضي الله عنه](2): «**فصيام ثلاثة متتابعاتٍ**»، وهي كالخبر المشهور، فيجوز أن يزاد به على الكتاب.

وقال الشافعي: يخيّر لإطلاق النّصّ (**فَلَا يجوز التَّكْفِير قبل الْحِنْث**)؛

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) سقط من: (أ) و(ب).

لأنَّ الكفارة لستر الجناية، وقبل الحنث لا جناية، فلا يصحّ لاستحالة السّتر عن الجناية قبل الجناية[١].

(وَلَا كَفَّارَةَ فِي حلف كَافِر)[٢] بالله تعالى، (وَإِن) ـ وصلية[٣] ـ (حنث) حال كونه (مُسْلماً)[٤]؛ لأنَّ المقصود من اليمين البر؛ لتعظيم الله تعالى، والكفارة عبادة، وهو ليس أهلاً لشيء [منهما، وقال الشافعيّ: ينعقد يمينه وإن حنث كافر، كفر بما عدا الصوم، وإن حنث مسلماً، له التكفير بالصوم أيضاً][٥]، (وَلَا تصح يَمِين الصَّبِي وَالْمَجْنُون)؛ لانعدام أهليّتهما، (والنائم)؛ لانعدام الاختيار فيه[٦].

❋ ❋ ❋

فصل
(وحروف الْقسم)

(الْوَاو، وَالْبَاء، وَالتَّاء) قدّم الواو اقتداءً بعبارة الهداية، والأنسب تقديم الباء؛ لأنَّه الأصلُ كما عرف، فلعلّ الواو أكثر استعمالاً عند العرب، (وَقد تضمر) حروف القَسَم، [وقد][٧] [يكون][٨] حالفاً

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، للماوردي: (١٥/٢٥٤).

(٢) في (ج): (خلافاً للشافعي في أن اليمين ينعقد للبرّ تعظيماً لاسمه تعالى والكافر ممن يعظّمه، ولنا: قوله تعالى: ﴿فَقَاتِلُوٓا۟ أَئِمَّةَ ٱلْكُفْرِ إِنَّهُمْ لَآ أَيْمَٰنَ لَهُمْ﴾ [التوبة: ١٢]، والكافر هاتكٌ لحرمة اسم الله تعالى، وكون الكفارة عبادة في ذاتها، وهو ليس بأهل).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (لأن يمينه إذا لم يكن معتبرة لا يعتبر حنثه).

(٥) من قوله: (منهما) إلى (أيضاً) سقط من: (ج).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (٣/١٠).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) سقط من: (أ) و(ب).

(كالله[١] أفعلهُ)؛ لأَنَّ حذف الحرف من عادة العرب طلباً للاختصار، ثمَّ عند أهل البصرة: يكون الاسم منصوباً بنزع الخافض، وعند أهل الكوفة: يكون مجروراً؛ ليكون الجر[٢] دالّا على الحذف، وكذا إذا قال: لله؛ لأَنَّ [الباء][٣] تبدل بها، (وَالْيَمِين) إنّما يكون (بِاللّه)؛ أي: بهذا اللّفظ، ويستوي فيه الحركات الثلاث، والسّكون، (أَو باسم) آخر (من أَسْمَائِهِ) مطلقاً، فالاسم [هنا][٤] عبارة عن لفظ دالٍّ على الذّات، وجميع أسامي الله تعالى في ذلك سواء تعارف النَّاس الحلف به أو لا، وهو الصحيح؛ لأَنَّ اليمين باسم الله تعالى ثبت بقوله ﷺ: «فمن كان منكم حالفاً؛ فليحلف بالله أو ليذر»[٥]، والحلف بسائر أسمائه حلف بالله، وما ثبت بالنّص، أو بدلالته لا يراعي فيه العرب (كالرحمن والرحيم)؛ أي: المعطي جلائل النّعم ودقائقها، فمرجعها صفة فعليّة، وقيل: مزيد الإنعام على الخلائق، فمرجعها صفة الإرادة.

(وَالْحق) هو من أسمائه تعالى قال الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلْحَقُّ ٱلْمُبِينُ﴾ [النور: ٢٥][٦]، (وَلَا يفْتَقر إِلَى نِيَّة إلّا فِيمَا) من أسمائه (يُسمَّى بِهِ [١٨٣/أ] غَيره)؛ أي: غير الله (كالحكيم، والعليم)، والقادر؛ لأَنَّه إن نوى به يميناً؛ فيكون يميناً، وإلّا فلا، (أَو بِصفة من صِفَاته يحلف بهَا عرفاً)، فإنّ الأيمان مبنيّة على العرف، فما تعارف النَّاس الحلف به من صفاته يكون يميناً (كعزة الله، وجلاله، وكبريائه)، وملكوته، (وعظمته، وَقدرته)؛ لأَنَّ

---

(١) في (ج): (ولا بد في الإثبات من التأكيد كوالله لقد فعلت، أو والله لأفعلن، حتّى لو قال: والله لأفعل، ولم يفعل لم يلزمه الكفّارة، كذا في الاختيار).
(٢) في (ج): (الخفض).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (أ) و(ب).
(٥) أخرجه البخاري ومسلم بلفظ: «مَنْ كَانَ حَالِفاً، فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ». ينظر: صحيح البخاري، باب كيف يستحلف برقم: (٢٦٧٩) (١٨٠/٣)، وصحيح مسلم، باب النهي عن الحلف بغير الله برقم: (١٦٤٦) (١٢٦٧/٣).
(٦) في (ب): (ذلك بأن الله هو الحق المبين).

الحلف بها متعارف (لَا) يكون اليمين (بِغَيْرِ الله)؛ لما ذكرنا من الحديث: (كالقرآن، وَالنَّبِيّ، وَالْعرش[1]، والكعبة)؛ لأَنَّه غير متعارف، (وَلَا بِصفة، لَا يحلف بهَا عُرفاً كرحمته) عند أبي حنيفة ومحمّد؛ إذ قد يراد به المطر، والجنّة ونحوها، [المراد من الصفة هنا: معنى المصدر لا ما اصطلح عليه أهل النحو؛ إذ لا يُقال: الله العزّة، الله الرحمة][2]، (وَعلمه)؛ إذ قد يراد به المعلوم؛ لعدم العُرف، والقياس: أن يكون يميناً (وَرِضَاهُ)؛ إذ قد يراد به المرضي، (وغضبه، وَسخطه، وعذابه)؛ إذ قد يراد به: العقوبة، والنار، ونحوها، وأراد بالعذاب: التعذيب.

(وَقَوله): ـ مبتدأ ـ (لعمر الله) هو[3] ـ بالفتح والضمّ ـ: البقاء، لكنّ المستعمل في القسم إنّما هو الأوّل على ما عرف في المغرب وغيره، (يَمِين) خبر المبتدأ وجه كون عُمْر الله يميناً، أنّ عمر الله بقاؤه، والبقاء صفة، وهو مرفوع بالابتداء، واللّام لتوكيد الابتداء، والخبر محذوف، والتقدير: لعمر الله قسمي، ومعناه: أحْلفُ ببقاء الله ودوامه.

(وَكَذَا) يمين قوله: (وَأيْم الله) معناه عند الكوفيين: أَيْمُنُ الله، وهو جمع يمين حُذف نونه؛ لكثرة الاستعمال، تقديره: أيمن الله يميني، وعند البصريين: هو من حروف القسم، ومعناه: والله، ولو كان جمع يمين؛ لما سقطت همزته عند الوصل، (و) كذا قوله: (سوكندمي خورم بخداي)[4]؛ لأَنَّه للحال.

(وَكَذَا) [يمين][5] (قَوْله: وعهد الله وميثاقه) فإن العهد يمين؛ لأَنَّه تعالى قال: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ﴾ [النحل: ٩١]، ثمَّ قال: ﴿وَلَا

---

(١) في (ب): (والملك).
(٢) من قوله: (المراد) إلى (الرحمة) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في حاشية (ج): (قوله: ـ سوكند ـ بمعنى: اليمين، وقوله: ـ مي ـ بمعنى حروف الحال، وقوله: ـ خورم ـ بمعنى: شارب أنا؛ لأنّ الميم في آخر خورم أدات نفس المتكلم، قوله: ـ بخداي ـ بمعنى: بالله).
(٥) سقط من: (أ) و(ب).

﴿نَقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١]، والميثاق بمعنى: العهد، (وَ) كذا قوله: (أقسم وأحلف) بكسر العين من باب ضرب، (وَأشهد، وَإِن لم يقل:) معه لفظة: (بِاللَّه)، فإن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف، فجعل حلفاً في الحال سواء قال: بالله أو لا [فيه خلاف لزفر](١).

(وَكَذَا: عليَّ نذر، أَو يَمِين، أَو عهد) فإنّ كلّاً منها يكون يميناً (وَإِن) ـ وصلية ـ (لم يضف) تلك الألفاظ (إِلَى) لفظ (الله) حتَّى إذا قال: إن فعلت كذا فعلي نذر، فإن نوى قربةً من القربة الَّتي يصحّ النذر بها لزمه، وإن لم ينوِ فعليه كفّارة يمين، كقوله ﷺ: «من نذر نذراً ولم يسمّ فعليه كفارة يمين»(٢)، وكذا قوله: عليّ يمين؛ لأَنَّ معناه: عليّ موجب يمين، والعهد بمعنى: اليمين كما مرّ.

(وَكَذَا قَوْله: إِن فعل كَذَا فَهُوَ كَافِر، أَو يَهُودِيّ، أَو نَصْرَانِيّ)(٣)، أو مجوسيّ، أو شرّ منه، أو شريكه، (أَو بريء من الله)، أو من الإسلام، أو من لا إله إلّا الله، أو من الصّلاة، أو القِبْلة، أو صوم رمضان، أو النّبيّ، أو القرآن، أو ما في المصحف؛ لأَنَّ تعليق الكفر بالشّرط يمين، والبراءة من كلّ واحد مما ذكر كفر، (وَلَا يصير كَافِراً بِالْحِنْثِ فِيهَا سَوَاء علقه)؛ أي: الكفر، (بماض، أَو مُسْتَقْبل إِن كَانَ يعلم) الحالف (إِنَّه يَمِين، وَإِن كَانَ عِنْده أنه يكفر يصير بِهِ كَافِراً) في الماضي أو(٤) المستقبل؛ لأَنَّه إذا أقدم على ذلك الفعل، وعنده: أنّه يكفر به فقد رضي بالكفر.

(وَقَوله:) مبتدأ خبره قوله الآتي: ليس بيمين (إِن فعله فَعَلَيهِ

(١) سقط من: (ج).
(٢) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس مرفوعاً، وهو ضعيف، وأخرجه ابن ماجه بسند آخر عن عقبة بن عامر الجهني مرفوعاً ﷺ، وهو صحيح. ينظر: سنن أبي داود، باب من نذر نذراً لا يطيقه برقم: (٣٣٢٢) (٢٤١/٣)، وسنن ابن ماجه، باب من نذر نذراً ولم يسمه برقم: (٢١٢٧ ـ ٢١٢٨)، (٦٨٧/١).
(٣) من بداية هذا الفصل إلى هنا سقط من: (ب).
(٤) في (ب) و(ج): (و).

غضب الله، أَو سخطه) [السخط: لا يكون إلا من الكبراء، والعظماء دون الأكفاء، والنظراء، والغضب يستعمل في النوعين، فيكون أعم منه، يقال: سخط السلطان، ولا يقال: سخط الحجّام](١)، **(أَو لعنته)** لا يكون يميناً؛ لأَنَّه دعاء على نَفْسه، ولا يتعلّق ذلك بالشّرط؛ لأَنَّ الشّرط ما له أثر في وجود الجزاء عند وجوده؛ لتعلّقه به، ولا أثر لوجود الشّرط عند عدم المعصية، **(أَو هُوَ زَان، أَو سَارِق، أَو شَارِب خمر، وآكل رَباً لَيْسَ بِيَمِين)**؛ لأَنَّه لا أثر للتّعليق في وجود هذه الأشياء؛ ولأنّه غير متعارف، و**(كَذَا)** ليس بيمين عند أبي حنيفة ومحمد **(قَوْله: حَقاً)** لدلالة التّنكير على عدم إرادة اسم الله، بل المراد به: تحقيق الوعد، معناه: افعل هذا لا محالة، فلا يكون يميناً، أو **(وَحقّ الله، خلافاً لأبي يُوسُف)**؛ لأَنَّ الحقّ من صفات الله، فكأَنَّه قال: والله الحق.

ولهما: إنّ الحقّ إذا أضيف إلى الله يراد به الطاعات، والحلف بها لا يكون يميناً، بخلاف قوله: والحق؛ لأَنَّ الحق من أسماء الله تعالى.

(وَكَذَا قَوْله: سوكند خورم بخداي) صيغة المضارع في اللّغة الفارسيّة مشتركة بين الحال والاستقبال، وإنّما يخصّ بالأوّل بزيادة لفظة (مي) هذا هو سرّ الفرق بين قوله: **(سَو كَنْدُ مي خورم)**، وقوله: **(سو كند خورم)** حيث كان الأوّل يميناً دون الثاني؛ إذ هو مستقبل، فيكون وعداً، وقيل: إنّه يمين يا بطلاق زن، والأحسن ذكر كلمة أو، **(وَمن حَرَّمَ)** لأجل اليمين **(مِلْكه)** بأن قال: حرّمت عليّ طعامي، أو نحوه **(لَا يَحرُم) مِلْكه**؛ لأَنَّ تحريم الحلال إلى الله تعالى لا إلى العبد، لكنه يصير محظوراً بسببها، والحظر أعمّ من الحرمة، كما إنّ المباح أخصّ من الحلال، ولذلك قال: **(وَإِن استباحه)**؛ أي: إن عامل بملكه معاملة المباح، **(أَو شَيْئاً مِنْهُ؛ فَعَلَيهِ الْكَفَّارَة)**، ولم يقل: وإن استحلفه(٢)؛ لأَنَّ تحريم الحلال يمين على ما عرف.

---

(١) من قوله: (السخط) إلى (الحجام) سقط من: (ج).

(٢) في (ج): (استحلّه).

وعند الشافعيّ: لا كفارة عليه إلا في تحريم النّساء والجواري؛ إذ هو عنده: إنّما يكون يميناً فيها، وعندنا: يمين مطلقاً.

(وَقَوله: كل حَلَال عليَّ حرَام) يحمل (على الطَّعَام وَالشرَاب)، فيحنث بأكله وشربه وإن قلّ، إلّا أن ينوي غير ذلك، والقياس: أن يحنث عقيب فراغه؛ لمباشرته فعلاً مباحاً هو التنفّس أو نحوه، كما ذهب إليه زفر، وجه الاستحسان: أنّ المقصود هو أكثر البرّ لا يحصل مع اعتبار العموم، وإذا سقط اعتباره يصرف إلى الطّعام، والشّراب للعرف، (وَالْفَتْوَى) على (أنه تطلق امْرَأَته بِلَا نِيَّة)؛ لغلبة الاستعمال في إرادة الطّلاق، ولو قال: لم أنْوِ به الطّلاق، لا يُصَدّق قضاء، (وَمثله)؛ أي: مثل قوله: كلّ حلال عليّ حرام في الحكم، قوله: (حَلَال بروى حرَام) للغلبة أيضاً، (وَ) مثله (قَوله: هرجه بدست راست كيرم بروي حرَام) مرّت هذه المسألة قُبيلَ باب الخلع.

(وَمن نذر) [١٨٤/أ] بشيء (نذراً مُطلقاً)؛ أي: منجّزاً غير معلّق بشرط، نحو: لله عليّ صوم كذا، فليس المراد بالمطلق ما يقابل المقيّد بالوقت كما هو الشائع المشهور، بل المطلق عن قيد التعليق بدلالة المقابلة؛ لقوله: (أَو) نذراً (مُعَلّقاً بِشَرْط يُريدهُ كَإِن قَدِمَ غائبي) عليّ كذا، فلله عليّ كذا، (وَوجد) ذلك الشرط عطف على نذر المقدّر في قوله: أو معلّقاً (لزمَه الْوَفَاء) بما نذر في الصورتين، لخلوّ ذلك عن معنى اليمين، وهو المنع، ولا يجزئه الكفّارة[١].

(وَلَو علقه)؛ أي: النّذر (بِشَرْط لَا يُريدهُ) هذه الجملة صفة شرط (كَإِن زَنَيْت) فللّه عليّ كذا (خُيِّرَ بَين الْوَفَاء) بما نذر (والتكفير)؛ أي: كفّارة اليمين لما فيه من معنى اليمين، وهو المنع (هُوَ الصَّحِيح) قيّد به؛ لأنّه عن أبي حنيفة رواية أخرى، وهي: إن المعلّق والمنجّز سواء في وجوب الوفاء [لإطلاق الحديث، وهو: «من نذر نذراً وسمّى؛ فعليه

(١) في (ب): (كفاء).

الوفاء][1] بما سمّى»[2]، لا يقال: إن كان الشرط فعلاً حراماً، كأن زنيت مثلاً، ينبغي أن لا يتخيّر؛ لأَنَّ التخيير تخفيف، والحرام لا يوجب التخفيف؛ لَأنّا نقول: لا دخل لخصوص الفعل، وكونه حراماً في التخيير، وإنَّما نشأ ذلك عن التعليق بشيء لا يريده، حراماً كان أو حلالاً، فلا يلزم كون الحرام موجباً للتخفيف، وإنَّما يلزم ذلك أن لو كان لخصوص الفعل[3] أو لحرمته مدخل في إيجاب التخيير، ولا بأس في وجود التخيير إذا لم يكن مترتباً على الفعل الحرام.

(وَمن وصل بحلفه: إِن شَاءَ الله؛ فَلَا حنث عَلَيْهِ)؛ يعني: إذا حلف على فعل، أو ترك، وقال بعده متصلاً به: إن شاء الله؛ لا يحنث؛ لما روي عن العبادلة الثلاثة[4] موقوفاً ومرفوعاً: «**من حلف على يمين، وقال: إن شاء الله؛ فقد استثنى، ومن استثنى، فلا يحنث عليه**»، ولا كفّارة، ولكن لا بدّ من الاتّصال؛ لأَنَّه بعد الانفصال رجوع، ولا يصحّ الرجوع عن الأيمان، وعن ابن عباس رضي الله عنهما: أَنَّه كان يُجوِّز [الاستثناء][5] إلى ستّة أشهر[6].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).

(٢) قال الزيلعي: غريب، وقال ابن حجر العسقلاني: لم أجده. ينظر: نصب الراية، للزيلعي: (٣٠٠/٣)، والدراية في تخريج أحاديث الهداية، لابن حجر العسقلاني (٩٢/٢).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) وهم: ابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ عُمَرَ، وَابْنِ عَمْرِو رضي الله عنهم. ينظر: تفسير القرطبي: (٤٠٥/٢).

(٥) سقط من: (أ) و(ب).

(٦) ينظر: الأصل المعروف بالمبسوط، للشيباني: (٢٤٥/٣).

(باب اليمين في الدخول والخروج والإتيان والسكنى وغير ذلك)

الأَصل: أنّ الألفاظ المستعملة في الأيمان مبنيّة على العرف عندنا.

وعند الشافعيّ: على الحقيقة؛ لأنَّها حقيق بأن تراد دون المجاز.

وعند مالك: على معاني كلام الله تعالى؛ لأنَّه نزل على أصحّ اللغات وأفصحها.

من (حلف لَا يدْخل بَيْتاً، فَدخل الْكَعْبَة، أَو الْمَسْجِد، أَو الْبيعَة)، وهي معبدة النَّصارى، (أَو الْكَنِيسَة)، وهي: معبدة اليهود؛ (لَا يَحْنَث)؛ لأنَّ البيت ما يُبنى للبيتوتة، وهذه ليست كذلك، وسُمّيت الكعبة[١] بيتاً [بناءً][٢] على التجوّز، (وَكَذَا)؛ أي: لا يحنث أيضاً (لَو دخل دِهلِيزاً)، وهو بالكسر ما بين الباب والدّار؛ لأنَّه أيضاً لم يُبْنَ للبيتوتة فيه.

وقيل: يحنث؛ إذ يبات فيه عادة، أقول: هذا القَدْر لا يكفي في كونه بيتاً، بل لا بدّ من كون بنائه للبيتوتة كما سبق، لا يقال: إذا بيت فيه عادة كان بناؤه للبيتوتة؛ لأنَّ الملازمة ممنوعة [إن كان الدّهليز على صُفّةٍ][٣]، ([أَو ظُلَّة بَاب دَارٍ إِن كَانَ][٤] لَو أغلق) الباب (يبْقى

(١) في (أ): (وتسميته بيتاً).

(٢) سقط من: (أ) و(ب).

(٣) من قوله: (إن كان) إلى (صُفّةٍ) سقط من: (ج).

(٤) سقط من: (أ) و(ب).

خَارِجاً)، والظُلّة: بالضم هي [الّتي][١] تكون على باب الدار، ولا يكون فوقه بناء، وإذا كان على باب الدار تكون على السكة، فلا تكون بيتاً، فلا يحنث، **(وإلّا)**؛ أي: وإن لم يبقَ خارجاً، وهو مسقف **(حنث)**؛ لأنَّه تصلح حينئذ للبيتوتة، ولو قدّم هذا الشّرط على قوله: **(أو ظُلّة)**؛ لكان أخصر[٢].

(كَمَا) حنث **(لَو دخل صُفّة)**؛ يعني: لو حلف أن لا يدخل بيتاً، فدخل صُفّة[٣]، حنث[٤]؛ لأنَّها تُبنى[٥] للبيتوتة، فهي بيتُ [كما][٦] في الكافي[٧]، هذا على عرف أهل الكوفة، فإن صفافهم ذات حوائط أربعة على هيئة البيوت تُبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات، فتكون بيتاً، **(وَقيل: لَا يَحْنَث فِي الصُفَّة أَيْضاً)** هذا على عرف ديارنا؛ لأنَّها في عرفنا ذات ثلاثة حوائط فلا تكون بيتاً، فلا يحنث، وفي الهداية والمضمرات: الصحيح ما قيل: إنّ الجواب يجري على إطلاقه في الهداية[٨][٩] عن المبسوط: هو الصحيح عندي، **(وَفِي قوله: والله لَا يدْخل دَاراً)**، [ولم يُسم داراً بعينها، ولم ينوها][١٠]، **(فَدخل دَاراً خربة، لَا يَحْنَث)**[١١]؛ إذ الظاهر المتبادر من مطلق الدار هي العامرة والوصف؛ أي: العمارة معتبر في المنكر دون المعيّن.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (أظهر).
(٣) في (ب): صفته.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (يبنى). ينظر: مجمع الأنهر: (٢٧٨/٢).
(٦) سقط من: (ب) و(ج).
(٧) ينظر: مخطوطة الكافي، لوحة رقم ١٥٠.
(٨) في (ب) و(ج): (الكفاية).
(٩) من هنا إلى نهاية الباب سقط من: (ب).
(١٠) من قوله: (ولم) إلى (ينوها) سقط من: (ج).
(١١) في (ج): (لأن الدار اسم لعرصة بنيت عليها، فالبناء صفة، والنّكرة إنّما تعرف بصفتها، فاليمين تعلّقت بصفتها، فلا يحنث بالدّخول بعد زوالها).

(وَلَو قَالَ): والله لا يدخل (هَذِه الدَّار، فَدَخلَهَا خربة صحراء) حنث عندنا؛ إذ العرصة هي الأصل، والبناء كالوصف، وهو لغو في المعيّن؛ إذ الإشارة أبلغ في التعيين، وفيه خلاف الشافعي، وفي الكافي قال الفقيه أبو اللّيث: إن كانت اليمين بالفارسية، لا يحنث فيهما، إلّا بدخول المبنيّة (أَو) دخلها (بَعْدَمَا بنيت دَاراً أُخْرَى) عطف على قوله: (خَرِبَةً) إلى آخره[١] (حنث)؛ لأنّه لمّا لغى الوصف في المعيّن؛ لا يعبأ تبدّله، (وَكَذَا) يحنث (لَو وقف[٢] على سطحها)، أو[٣] حائطها، وبه يُفتي بعض المشايخ؛ لأَنَّ السطح من الدار، ألا يرى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد، (وَقيل:) القائل الفقيه أبو اللّيث: (لَا يَحْنَث) به؛ أي: بالوقوف على السّطح (فِي عُرفِنَا)؛ يعني: في عُرف العجم كان[٤] الوقوف على السطح أو الحائط لا يعدّ دخولاً في العجم، وفي الخلاصة، هو المختار، وعليه الفتوى.

(وَلَو دخل طاق بَابهَا) بعدما حلف، المراد بالطّاق: العتبة، (أَو) دخل (دهليزها إِن كَانَ لَو أغلق) الباب (يبْقى) الحالف (خَارِجاً) عن الدّار (لَا يَحْنَث)؛ لأَنَّ الباب لإحراز الدّار وما فيها، فلم يكن الخارج من الدّار، (وإلّا)؛ أي: وإن لم يبقَ خارجاً (حنث، وَلَو جعلت) الدّار (مَسْجِداً، أَو حَمّاماً، أَو بستاناً، أَو بَيْتا بَعْدَمَا خربَتْ، فَدَخلَهَا؛ لَا يَحْنَث)؛ لتبدل اسم الدار بغيره، (وَكَذَا) لا يحنث (لَو دخل بعد انهدام الْحمَّام وأشباهه)؛ لعدم اسم الدّار للعرصة، (وَفِي) قوله: (لَا يدْخل هَذَا الْبَيْت، فدخله بَعْدَ مَا انْهَدم، وَصَارَ صحراء)؛ لا يحنث؛ لزوال اسم البيت، فإنّه لا يبات فيه، (أَو) دخله (بَعْدَ مَا بنى بَيْتاً آخر لَا يَحْنَث)؛ لأَنَّ الأصل في البيت هو البناء، فإذا بدّل بدل البيت؛ لَأنَّ البناء الثّاني غير

(١) في (أ): (الآخرة).

(٢) في (ج): (الوقف).

(٣) في (ج): (أي).

(٤) في (ج): (فإن).

الأوّل (بِخِلَاف مِمَّا لَو سقط السّقف وَبَقِي الجدران) حيث يحنث بدخوله؛ إذ يبات فيه، والسقف وصف فيه.

(وَفِي) قوله: (لَا يدْخل هَذِه الدَّار، وَ) الحال (هُوَ) قاعد (فِيهَا)، ولو مكث إيّاها (لَا يَحْنَث مَا لم يخرج، ثمَّ يدْخل)، والقياس: لا يحنث بالقعود؛ لأَنَّ الدّوام له حكم الابتداء، وجه الاستحسان: أن الدخول لا دوام فيه؛ لأَنَّه انفصال من الخارج إلى الدّاخل.

(وَفِي) قوله: والله (لَا يلبس هَذَا الثَّوْب [أ/١٨٥]، وَهُوَ)؛ أي: والحال أن الحالف (لابسه أَو لَا يركب هَذِه الدَّابَّة، وَهُوَ راكبها، أَو لَا يسكن هَذِه الدَّار، وَهُوَ ساكنها إِن أَخذ)؛ أي: شرع (فِي النزع)؛ أي: نزع الثوب (وَالنُّزُول) من الدابّة، (والنقلة) منها هي بالضّم: اسم من الانتقال، إنَّما قال: (هذا)، ولم يقل: ذا مع أنه أخصر وأظهر؛ لأَنَّ المعتبر هو الشروع في مقدمات النقل لا النقل نَفْسه، قال في المبسوط: «إن كان في طلب مسكن آخر، فبقي في ذلك يوماً أو أكثر؛ لم يحنث في الصحيح من الجواب؛ لأَنَّه لا يمكنه طرح الأمتعة في السكة، فيصير ذلك القدر مستثنى لما عرف من مقصوده إذا لم يفرط في الطلب»[١] (من غير لبث)؛ أي: مكثٍ قيد للثلاثة، فإنَّه (لَا يَحْنَث) في شيء من الصّور، وقال زفر: يحنث لوجود الشرط وإن قلّ، ولنا: إن اليمين تنعقد للبرّ الآن، فيستثنى منه زمان تحقيقه، فإن لبث على حاله ساعة حنث؛ لأَنَّ هذه الأفعال [لها][٢] دوام يتجدّد أمثالها حتَّى تضرب لها مدّة يقال: ركبت يوماً ولبثت يوماً، بخلاف الدخول؛ إذ لا يقال: دخلت يوماً؛ بمعنى: المدّة والتوقيت، وإن جاز بمعنى الظرف، وإن نوى ابتداء اللبث[٣] مثلاً؛ يصدق؛ لأَنَّه محتمل كلامه، فلا يحنث باللّبث، (وإلّا)؛ أي: وإن لبث (حنث) لما بيّنا.

(ثمَّ فِي) قوله: والله (لَا يسكن هَذَا الْبَيْت، أَو هَذِه الدَّار)، أو

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: (١٦٣/٨).
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) في (ج): (لبس).

المحلّة، أو البيت (لَا بُد)؛ لعدم حنثه (من خُرُوجه) عنها (بِجَمِيع أَهله) هذا بالاتفاق، (ومتاعه) إن كان له أهل ومتاع (حَتَّى لَو بَقِي، وقد يَحْنَث) عند الإمام؛ لأَنَّ السّكنى قد يثبت بالكلّ، فيبقى ما بقى منه شيء.

(وَعند أبي يُوسُف: يُعتَبر نقل الْأَكْثَر)؛ لأَنَّ نقل الكلّ قد يتعذّر، فيُعتبر الأكثر، وعليه الفتوى.

(وَعند مُحَمَّد: نقل مَا تقوم بِهِ كخدائيته)؛ أي: مهمّاته الضروريّة؛ لأَنَّ ما وراء ذلك ليس من السكنى، قالوا: (وَهُوَ)؛ أي: قول محمَّد (الْأَحْسَن والأرفق) بالناس هذا الاختلاف في نقل الأمتعة، وأمّا الأهل فلا بدّ من نقل الكلّ بلا خلاف، (ثمَّ لَا بُد من نقلته)؛ أي: أن ينقل منها (إِلَى منزل آخر بِلَا تَأْخِير حَتَّى لَا يبر بنقلته إِلَى السِّكَّة أَو الْمَسْجِد) دليله في الزيادات: أنَّ مَن خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطناً، يبقى وطنه الأوّل في حق الصّلاة، كذا هذا[1].

(وَكَذَا) في قوله: والله (لَا يسكن هَذِه الْمحلة، وَفِي لَا يسكن هَذِه الْبَلدة أَو الْقَرْيَة يبر بِخُرُوجِهِ وَترك أَهله ومتاعه فِيهَا) لا يعدّ ساكناً في الّذي انتقل عنه عرفاً، (وَفِي) قوله: والله (لَا يخرج) من هذه الدار، (فَأمر) الحالف (من حمله وَأخرجه) عنها (حنث)؛ لوجود خروجه تقديراً؛ إذ فعل المأمور يضاف إلى الآمر، فصار كما ركب دابّة، فخرجت به، (وَلَو حمل) الحالف، (وَأخرج بِلَا أمره) حال كونه (مكْرهاً أَو) أخرج (رَاضِياً لَا يَحْنَث)؛ لأنّ الفعل لم ينتقل إليه؛ لعدم الأمر، ولو كان راضياً بالخروج؛ لأنّ الانتقال يكون بالأمر لا بمجرّد الخروج، فلو هدّده، فخرج حنث؛ لوجود الفعل منه حقيقة.

(وَمثله) قوله: والله لا يخرج، قوله: والله (لَا يدْخل) هذه الدار أقساماً وحكماً، فالأقسام أن يخرج بأمره، وبلا أمره إمّا مكرهاً أو راضياً، والحكم الحنث في الأوّل، وعدمه في الأخيرين، واختلفوا فيما لو أدخل،

---

(١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: (٢/٤٦).

وهو قادر على الامتناع، والصحيح: أنه لا يحنث، (وَفِي لَا يخرج) منها (إلّا إِلَى جَنَازَة، فَخرج إِلَيْهَا، ثمَّ)؛ أي: بعد الخروج إليها (إلى حَاجَة أُخْرَى لَا يَحْنَث)؛ لأنَّ خروجه لم يكن إلّا إلى جنازة، قال في الوقاية: وإن خرج إليها ثمَّ إلى أمر آخر، وكأنَّه سهو من الناسخ الأوّل[1]؛ لأنَّه يقتضي خروجه إلى غير جنازة، فيبطل الحصر ويحنث، ولذا قال المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ثمّ أتى حاجةً أخرى كما قال صاحب الهداية.

(وَفِي لَا يخرج إِلَى مَكَّة، فَخرج)؛ يعني: من عمران مصره حال كونه (يريدها، ثمَّ رَجَعَ) من غير الوصول إليها (حنث)؛ لوجود الخروج على قصد مكّة، وهو الشرط (وَفِي لَا يَأْتِيهَا)؛ أي: مكة (لَا يَحْنَث مَا لم يدخلهَا)؛ لأنَّ الإتيان إنما يكون في الدخول (والذهاب كالخروج)؛ يعني: لو حلف لا يذهب إلى مكة، قيل: هو كالإتيان، وقيل: كالخروج (فِي الْأَصَح)؛ لأَنَّه عبارة عن الزوال (وَفِي ليَأْتِيَن) فلان؛ أي: لو حلف ليأتينّ (فلَاناً، فَلم يَأْتِه حَتَّى مَاتَ، حنث فِي آخر جُزْء[2] من) أجزاء (حَيَاته)؛ لأنَّ البرّ قبل ذلك مرجوّ، واليأس حينئذ يحصل.

(وَإِن قيد الْإِتْيَان غَداً بالاستطاعة؛ فَهُوَ) يحمل (على سَلامَة الْآلَات، وَعدم الْمَوَانِع، فَلَو لم يَأْتِ وَلَا مَانع)؛ أي: والحال لا مانع (من مرض أَو سُلْطَان) أو عارض آخر (حنث)؛ لأَنَّ الاستطاعة في العُرف سلامة الآلات، وارتفاع الموانع، فعند الإطلاق تحمل عليها، (وَلَو نوى) القدرة (الْحَقِيقَة) الَّتي يحدثها سبحانه للعبد حالة الفعل مقارنة له عند أهل السنّة، وإنّما يعرف وجودها بوجود الفعل، ويُسمّى استطاعة قضاء؛ لمقارنتها القضاء؛ أي: الحكم بوجود الفعل (صدق دِيانَة) فيما بينه وبين الله سبحانه؛ لأَنَّه نوى حقيقة كلامه (لَا قَضَاء فِي) القول (الْمُخْتَار)؛ لأَنَّه خلاف الظاهر.

---

(١) يقصد به ناسخ المتن (ملتقى الأبحر).

(٢) في النسخ (عمره) وما أثبتناه من كتاب ملتقى الأبحر (ص: ٢٥) هو الأصح.

(وَ) في (لَا تخرج) امرأته (إلّا بِإِذْنِهِ شَرط الْإِذْن لكل) متعلّق بشرط (خُرُوج) حتّى لو أذن لها مرّة، فخرجت مرّة أخرى بلا إذن حنث؛ لأَنَّه استثناء مفرّغ، ومعناه: لا تخرج خروجاً إلّا خروجاً بإذنه، والنكرة في سياق النفي تعمّ، فإذا أخرج منها بعض؛ بقي ما عداه على العموم.

(وَفِي) لا تخرج (إلّا إِن أذن يَكْفِي الْإِذْن مرّة) فإنّه لا يوجب لكلّ خروج إذناً؛ إذ لا يمكن حمله على حقيقة الاستثناء؛ لأَنَّ الإذن ليس من جنس الخروج، فحمل على الغاية؛ لمناسبة بينهما، فإنّ الغاية قصر لامتداد المعيار وبيان لانتهائه، كما إنّ الاستثناء قصر للمستثنى منه، وبيان لانتهاء حكمه، وفي هذا المقام مباحث شريفة في كتب الأصول.

(وَفِي لَا تخرج إلّا بِإِذْنِهِ)؛ يعني: إذا قال لامرأته: إن خَرجتِ إلّا بإذني فأنت طالق (لَو أذن لَهَا فِيهِ مَتى شَاءَت)؛ يعني: قال لها: أذنتُ لك أن تخرجي كلّما شئت، (ثمّ نهاها)؛ أي: امرأته عن الخروج، (فَخرجت لَا يَحْنَث عِنْد أبي يُوسُف خلافاً لمُحَمد)؛ لأَنَّ الإذن بطل بالنّهي، فكان خروجاً بغير إذن كما إذا أذن لها بالخروج مرّة، ثمّ نهاها، فخرجت يحنث اتّفاقاً، ولأبي يوسف: إنّه لمّا أذن لها بالخروج متى شاءت؛ اتصل الإذن بجميع الخروجات الممكنة، ففات شرط الحنث، وهو الخروج بغير إذن فبطل اليمين؛ لفوات شرطها، فبالنّهي لا يعود بخلاف ما ذكر من المثال؛ لأنّ ثمة اليمين باقية لبقاء الشرط في الجملة، فتطلق، وفي الصغرى والمضمرات عن الذخيرة: والفتوى على قول محمد.

(وَلَو أَرَادَت) المرأة (الْخُرُوج، فَقَالَ) الزوج: (إِن خرجت) فأنتِ كذا، (أَو) أرادت (ضرب العَبْد، فَقَالَ: إِن ضربت) فأنت كذا؛ (تقييد الْحِنْث بِالْفِعْلِ)؛ أي: بالخروج أو الضرب (فَوْراً)؛ أي: حالاً حتَّى (فَلَو لَبِثت) ساعة، (ثمَّ فعلت، لَا يَحْنَث)، في الكافي وجهه: أنّ المتكلّم يريد المنع عن تلك الخرجة أو الضربة الحاليّة بدلالة العُرف، فتقيّد بها؛ لأَنَّ مَبْنىٰ الأيمان على العرف، وقد تفرّد أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ بهذا القسم من اليمين، وكانوا سابقاً يقولون: اليمين نوعان: مطلقة: كلا يفعل كذا، أو

مؤقتة: كلا يفعل اليوم كذا، فخرّج رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١] قسماً ثالثاً، وهو المطلقة لفظاً ومؤقّتة معنى، وسُمّي يمين فور، فهو في الأصل مصدر فارت القدرة: إذا غلت، فاستعيرت للسّرعة، وفي الفوائد الظهيريّة: إنّما سُمّيت يمين فور باعتبار فوران الغضب (قَالَ لآخر: اجْلِسْ فتغذى معي، فَقَالَ) الآخر: (إِن تغذيت)؛ أي: إن[٢] أكلت الغذاء (فَكَذَا)؛ أي: فعبدي حرّ؛ (لَا يَحْنَث بالتغذي لَا مَعَه، وَلَو) ـ وصلية ـ [كان][٣] التغذي (فِي ذَلِك الْيَوْم)؛ لأَنَّ كلامه خرج مخرج الجواب، فيَنْطَبِقُ على السّؤال، فينصرف إلى الغذاء المدعو إليه، وهو التغذّي معه، ولم يوجد، و[عند][٤] زفر والشافعيّ؛ يحنث (إلّا إِن قَالَ: إِن تغذيت الْيَوْم)، فحينئذ يحنث بمطلق التغذّي في ذلك اليوم؛ لأنّه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً لا بانياً على سؤاله تحرّزاً عن إلغاء هذه الزّيادة، فلم يخرج كلامه جواباً له[٥]، بل هو حلف مستأنف.

(وَفِي) قوله: والله (لَا يركب دَابَّة فلَان، فَركب دَابَّة عبد لَهُ)؛ أي: لفلان (مَأْذُون) بالتجارة (لَا يَحْنَث) إذا كان على العبد دين مستغرق لرقبته، وكسبه، نوى أو لم ينوِ؛ لأَنَّ المولى لا يملك كسب عبده المديون عند أبي حنيفة (إلّا إِن نَوَاه)؛ أي: مركب المأذون بأن أراد دابّة فلان دابّة تنسب إليه في الجملة، (وَهُوَ)؛ أي: العبد (غير مُسْتَغْرق بِالدَّين، وَعند أبي يُوسُف: يَحْنَث مُطلقاً)؛ أي: سواء كان عليه دَين أو لم يكن (إِن نَوَاه، وَعند مُحَمَّد: يَحْنَث مُطلقاً) سواء عليه دَين أو لا، (وَإِن) ـ وصلية ـ (لم يُنَوّه)؛ لأَنَّ المأذون مِلْك المولى لا يحتاج إلى النيّة، فدين العبد لا يمنع مِلْك المولى في كسبه عندهما، ولأبي يوسف: إنّ دابّة المأذون مضاف إليه عرفاً، وإن

---

(١) في (ج) مكتوبة: (ر ح) مختصر لـ(رحمه الله).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) سقط من: (أ) و(ب).

(٤) سقط من: (أ) و(ب).

(٥) سقط من: (ج).

كان مِلْكاً لمولاه، فلا بدّ من النيّة، ولأبي حنيفة: إنّ النيّة شرط كما قال أبو يوسف، لكن دَين العبد إذا كان مستغرقاً يمنع مِلْك المولى، فيشترط فراغه من الدَّين، وإن ركب دابّته مكاتبه لا يحنث عندهم(١).

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: (٤/٣٤٤).

باب اليمين
في الأكل والشُّرب واللبس والكلام

الأَكْلُ: «إيصالُ ما يتأتَّى فيه[(١)] المَضْغُ إلى الجوف[(٢)]، مَمضُوغاً كان أو غيره، فلا يكون اللَّبَنُ والسَّوِيق[(٣)] مأكولاً».

والشُّرْبُ: «إيصالُ الشيء إلى جوفه بعينه[(٤)] مِمَّا لا يَتأتَّى فيه المَضْغ»، كالماء ونحوه.

وقيل[(٥)]: «الأكل والشُّربُ عبارة عن عمل الشِّفاه والحلق»، فعلى هذا يكون اللَّبَنُ مأكولاً.

---

(١) في (أ): (به).

(٢) الجوف لغة: المطمئن المتسع من الأرض، وجوف الإنسان: بطنه، وما انطبقت عليه الكتفان والعضدان والأضلاع والصُّقْلان، والجمع أَجْوُف وأجواف.
لسان العرب: (٣٤/٩)، وتاج العروس من جواهر القاموس: (١٠٦/٢٣).

(٣) السويق: هو ما يعمل من الحنطة والشعير، أو ما يغلى منهما ثم يطحن، أو البر المقلي.
المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: ٢٩٦/١، والبناية شرح الهداية: ٣٦٨/١، ٤٩٤/٣.

(٤) في النسخ كلها (بغتة) بدل (بعينه) وما أثبتناه هو الصحيح.
التعريفات، للجرجاني: ١٢٧/١.

(٥) القائل هو الزندويستي، واختلف في اسمه قيل: الحسين بن يحيى، وقيل: علي بن يحيى بن محمد، البخاري، فقيه حنفي، له: روضة العلماء، ونظم الفقه، توفي ٩٩٢هـ. =

والذَّوقُ: معرفَةُ طَعْم الشيء بفمه[(١)](٢).

والمصُّ: «عبارةٌ عن عمل الشفة[(٣)] خاصَّة».

والابتلاعُ: «عبارةٌ عن عمل الحلق دون الشِّفاه»[(٤)].

❊ ❊ ❊

[اليمين على أكل النَّخْلة وما يتعلق بها]

ومَنْ حلف (لا يَأْكل مِنْ هذه النَّخْلة) أو الكَرْمَة (فهو)؛ أي: الأكل محمولٌ (على ثَمَرِها) ـ بالمُثَلَّثَة ـ ميلاً إلى المجاز[(٥)]؛ لتعَذُّر الحقيقة[(٦)]؛ للإضافة إلى غيرِ المَحلِّ؛ [لأنَّ عيْنَها غَيْرَ][(٧)] مأكولةٍ، فقد هُجِرت، حتى لا يَحنَثُ لو أكلَ مِنْ[(٨)] عينها.

هذا إذا كان لها ثَمَرَة، أمَّا إذا لَمْ تَكُن لها ثَمَرة، فيقَعُ على ثَمَنها؛ لأنَّه أضافَ اليمينَ إلى ما لا يُؤْكَل، فينْصَرِفُ إلى ما يَخرجُ منه؛ لتعَذُّرِ الحقيقة، وما يَخرجُ منه صالح؛ لكونه مجازاً؛ لأنَّ النَّخلة سَببٌ له، وذكر

= ينظر: البناية شرح الهداية: ١٦٦/٦، وتاج التراجم: ١٦٤/١، والأعلام: للزركلي: ٣١/٥.

(١) في (أ) و(ب): (بعينه).

(٢) ينظر: المبسوط: ١٧٥/٨، وتحفة الفقهاء: ٣١٧/٢.

(٣) في النسخ كلها (اللهاة) بدل (الشفة) وما أثبتناه هو الصواب.

(٤) هذه التعريفات موجودة نصّاً عند الجرجاني، عدا الذَّوق. ينظر: التعريفات: ٨/١، ٣٤، ٢١٦.

(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٧١.

(٦) ينظر: خليج البحار: ص١٠٢٥. المصدر السابق: ٣٥٨/١.

(٧) سقط من: (أ) و(ب).

(٨) في (أ) و(ج): (في).

السَّببِ وإرادةُ المُسَبَّبِ مجازٌ مشهور[١].

(أَوْ) على (دِبْسِها غيرِ المَطْبوخ) قيَّدَ به؛ لأنَّه لو أكل المَطبوخَ منها لا يحنث؛ لأنَّه مضاف إلى فعلٍ حادثٍ، لا إلى النَّخلة.

(لا) يحنث (بِنَبيذها وَخلِّها وَدِبْسِها المطبوخ)؛ لأنَّه مضاف إلى فعْلٍ حادثٍ، فلمْ يَبْقَ منْسوباً إلى النَّخلة، فلمْ يَصِحَّ أنْ يدخلَ في المجاز.

(أَوْ) حلف أنْ لا يأكلَ (مِنْ هذه الشَّاة، فهو) محمول (على اللَّحمِ دونَ اللَّبنِ والزَّبد) لِمَا بَيَّنَّا مِنَ المقدمة[٢].

(وفي لا يأْكُلُ مِنْ هذا البُسْرِ فأَكَلَهُ رُطَباً لا يحنث)؛ إذْ هو لَيْسَ بِبُسْرٍ قَطْعاً، فإنَّه إذا صارَ رُطَباً؛ [صار][٣] ماهيَّة أُخْرى.

في الصِّحاح[٤]: البُسْرُ: «أَوَّلُهُ طَلْعٌ، ثُمَّ خِلالٌ، ثمَّ بَلَحٌ، ثمَّ بُسْرٌ، ثمَّ رُطَب، ثمَّ تَمْر»[٥].

---

(١) هذا النوع من المجاز يُسمَّى بالمجاز المرسل، وهو: الكلمة المستعملة قصداً في غير معناها الأصلي لملاحظة علاقة غير المشافهة مع قرينة دالة على عدم إرادة المعنى الوضعي، ومن أنواعه السببية، وهي: كون الشيء المنقول عنه سبباً ومؤثراً في غيره، وذلك فيما إذا ذكر لفظ السبب وأريد منه المسبب.
ينظر: جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبديع: ٢٥٢/١.

(٢) حيث ذكر في تعريف الأكل أن يكون الشيء ممضوغاً، فعلى هذا اللَّبن لا يكون مأكولاً، أمَّا على تعريف الزندويستي للأكل والشرب منْ أنَّه عمل الشفاه والحلق يكون اللبن مأكولاً.

(٣) سقط من: (أ).

(٤) الصحاح في اللغة، للإمام أبي إسماعيل الجوهري، أخذ عن خاله إبراهيم الفارابي، برز في اللغة والكتابة وحسن الخط، وهو كتاب حسن الترتيب، سهل المطلب لما يراد منه، وقد أتى بأشياء حسنة وتفاسير مشكلات من اللغة، إلا أنه مع ذلك فيه تصحيف، ولا تخلو هذه الكتب الكبار من سهو يقع فيها، غير أن القليل منه، إلى جنب الكثير الذي اجتهدوا فيه، وأتعبوا أنفسهم في تصحيحه وتنقيحه معفو عنه، توفي ٣٩٣هـ.
ينظر: كشف الظنون: ١٠٧٣/٢.

(٥) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، (بسر)، ٥٨٩/٢.

(وكذا) لا يحنث في حِلفِه **لا يأكلُ (مِنْ هذا الرُّطَبِ أَوِ اللَّبَنِ، فَأَكلَهُ تَمْراً أَوْ شِيرازاً)** وهو اللَّبنُ المُسْتخرَج ماؤُه حتَّى صارَ كالفالوذَج[١]؛ لأنَّ صِفَةَ[٢] البُسُورَة والرُّطوبَة داعِيةٌ إلى اليمين، وكذا كَونُه لبَناً، فيتَقَيَّدُ به.

(بِخِلافِ لا يُكلِّم هذا الصَّبِيَّ، فكلَّمَه شابّاً، أَوْ شَيْخاً)؛ فإنَّه يحنث:

لأنَّ هِجْرانَ المُسلم بمنع الكَلام منْهيٌّ عنه[٣]، فلمْ يُعتَبر الداعي في الشَّرع.

ولأنَّ الحُكْمَ تعَلَّق بالذات؛ لأنَّ الصِّفةَ في الحاضِرِ لَغْوٌ، وهذه الصِّفة ليسَتْ بداعية إلى اليمين[٤].

(أَوْ) حلف **(لا يأكُلُ لَحْمَ هذا الحَمَلِ، فأَكَلَه كَبْشاً)**؛ فإنَّه يحنث؛ لأنَّ صفة الصِّغرِ[٥] في هذا غير داعِية إلى اليمين.

(وفي لا يأكُلُ بُسْراً، فأَكَلهُ رُطَباً لا يحنث)؛ لأنَّه ليس بُسْراً، والفرق بين هذه المَسْألة وبين ما قبلها: أنَّ صِفةَ البُسورَة وصِفة الرُّطَبيَّة وُجِدتا

---

(١) حلوى تعمل من الدقيق والماء والعسل، وتصنع الآن من النشا والماء والسكر. المعجم الوسيط: ٧٠٠/٢.

(٢) في (أ): (الصفة).

(٣) أخرج البخاري في صحيحه عن أبي أيوب الأنصاري، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحلُّ لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال، يلتقيان، فيعرض هذا ويعرض هذا، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام»، كتاب: الأدب، باب: الهجرة، برقم: (٦٠٧٧)، ٢١/٨، ومسلم، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر شرعي، برقم: (٢٥٦٠)، ١٩٨٤/٤.

(٤) الضابط في باب اليمين: إذا تعلق بالذات يحنث مطلقاً مهما اختلفت الصفات، إلا إذا كانت الصفة داعية لليمين، وإذا تعلق بالصفة لا يحنث إلا بوجود الصفة المذكورة في الحلف.

(٥) في (أ) و(ب): (الصغير).

ثَمَّة في المُعيَّن، وكـانَ مُقْتضى قَولِهـم، الصِّفـة في المعَيَّن أنْ يكـون لغْـواً، لكنَّها لمْ تُلْغَ؛ لكـون الصِّفة داعية إلى اليمين، وههنا وُجِدتْ في المنكَر، والصِّفة فيه مُعتَبرة، وبهذا يندَفعُ ما قال صَدْرُ الشَّريعة(١): [«واعلم أنَّه لا فرقَ بين قولنا: لا يأكُلُ مِنْ هذا البُسْرِ، فأكلَ رُطَباً، وبين قولنا: يأْكُلُ بُسْراً فأَكَل رُطَباً، بناءً على أنَّ الرُّطَبَ والبُسْـرَ مِنْ أسمـاء الأَجْناس(٢)»(٣) إلى آخرِهِ، مع أنَّـه مُخالـفٌ للهدايـة(٤)(٥) وغيرها](٦).

(ولَوْ أَكَلَ) في هذه الصُّورة (مذَنِّباً حنث) البُسْرُ المذنِّب: بكسرِ النُّون الذي أَكْثره بُسْرٌ، وفيه شيْءٌ منَ الرُّطب، والرُّطبُ المُذَنِّبُ عكسه، وإنَّما حنث؛ لأنَّه أَكَلَ المَحْلوفَ عليه وَزيادة، فَيحْنث.

(وَكذا) يحنث (لَوْ أَكَلهُ بَعدَما حلفَ لا يأْكُلُ رُطَباً) عند أبي حنيفة [١٨٦/أ].

(وقالا: لا يحنث فيهما)؛ لأنَّ الرُّطَبَ المذنِّبَ [لا](٧) يُسمَّى رُطباً، والبُسْرَ المذَنِّبَ [لا](٨) يُسمَّى بُسْراً، وصار كما [قال:](٩) إذا كانت اليمين على الشِّراء.

---

(١) ينظر: درر الحكام: ٢٠٣/١.

(٢) اسم الجنس: هو الذي لا يختص بواحد دون آخر من أفراد جنسه كرَجُل وامرأة ودار وكتاب. النحو الوافي: (ص ٢٠٠).

(٣) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٥٠/٢.

(٤) ينظر: كشف الظنون: ٢٠٢٢/٢.

(٥) هذه المخالفة هي: أن صفة البسرة والرطبة داعية إلى اليمين، فإن اعتبار صفة البسرة ينافي اعتبار كون البسر من أسماء الأجناس، وإن كان البسر اسم جنس في الواقع. ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٢٤/٢، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٥٠/٢.

(٦) سقط من: (ج).

(٧) سقط من: (أ) و(ب).

(٨) سقط من: (أ) و(ب).

(٩) سقط من: (أ) و(ب).

وله: إنَّ الرُّطَبَ المذَنِّب ما يكون في ذَنَبِه قليلُ بُسْرٍ، والبُسْرَ المذَنِّبُ على عكسه، فيكون أكْلُه، [أكْلَ][1] البُسْرِ والرُّطَبِ، وكلٌّ واحد مقصودٌ في الأكْلِ بخلافِ الشِّراء؛ لأنَّه يُصادف الجُملَةَ، فيَتْبَعُ القليلُ فيه الكثيرَ.

[تَبعَ المصَنِّف صاحبَ الهدايةِ[2] في الخلافِ بين الأئِمَّة، وفي غيرها من النُّسَخ المعتبرة، كشروح الجامع الصَّغير[3]، والمبْسوط[4]، والمنْظومَة[5]، والأسْرار[6]، والإيضاح[7][8] وغيرها[9]، أنَّ محمداً مع أبي حنيفة[10]][11][12].

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٢٥/٢.

(٣) ينظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: ٢٥٨/١.
ينظر: كشف الظنون: ١٥٨١/٢.

(٤) ينظر: الأصل المعروف بالمبسوط: ٣٠٥/٣.

(٥) منظومة النسفي في الخلاف، للإمام أبي حفص، عمر بن محمد بن أحمد النسفي، المتوفى ٥٣٧هـ، عدد أبياتها ألفان وتسعة وستون وستمئة، وقد شرحه كثيرون منهم: إبراهيم بن أحمد الموصلي، وإبراهيم بن سليمان الحموي، ومحمود بن محمد بن داود البخاري وغيرهم.
ينظر: كشف الظنون: ١٨٦٧/٢.

(٦) الأسرار في الأصول والفروع، للشيخ العلامة أبي زيد عبيدالله بن عمر الدبوسي الحنفي، المتوفى ٤٣٢هـ.
ينظر: كشف الظنون: ٨١/١.

(٧) الإيضاح في الفروع، للإمام أبي الفضل عبدالرحمن بن محمد الكرماني الحنفي، الذي انتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي في خراسان، المتوفى ٥٤٣هـ.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٣٠٤/١، وكشف الظنون: ٢١١/١.

(٨) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٦٢/٣.

(٩) ينظر: الأصل المعروف بالمبسوط: ٣٠٥/٣.

(١٠) في عامة نسخ الهداية ذكر محمد مع أبي يوسف، وفي بعضها مع الإمام، وهو الموافق لما في أكثر الكتب المعتبرة كما في الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني وتبيين الحقائق للزيلعي. ينظر: الأصل: ٣٢٥/٢؛ وتبيين الحقائق: ١٢٦/٣؛ ورد المحتار على الدر المختار: ٧٧١/٣.

(١١) سقط من: (ج).

(١٢) حاصل المسألة عند الصاحبين:
الأصل: حلف أن لا يشتري بسراً، فاشترى بسراً مذنّباً، فإنه لا يحنث. =

(وَلوْ أكَلَهُ بعدَ حَلْفِهِ لا يأكلُ رُطَباً ولا بُسْراً حنث اتفاقاً) لِمَا ذكرنا.

(وفي لا يشْتري رُطَباً، فاشْتَرى كِبَّاسَة)؛ [يعني: عنقود][١] (بُسْرٍ، فيها رُطَبٌ لا يحنث) [«الكِبَّاسة بالكسرِ: العِذقُ ـ بالكسرِ ـ وهو من التَّمرِ كالعُنقود[٢] مِنَ العِنب»[٣]، وإنَّما لا يحنث؛ لأنَّ العبرة في الأحكام للغالب، كما في الرِّضاع وغيره، فالشِّراء إنَّما صادفَ البُسْرَ، وإضافةُ الكِبَّاسة إليه، وجعلها ظرفاً للرُّطبِ المنكر، يُشْعِرُ بغلبة البُسْرِ كما لا يخفى][٤]، ولو كانت اليَمينُ على الأَكْلِ يحنث؛ لأنَّ الأَكْلَ يُصادِفهُ شيئاً فشيئاً، فَكانَ كُلُّ واحدٍ منْهُما مقْصوداً، وصارَ كما إذا حلف لا يَشْتَري شَعيراً ولا يأكُلُهُ، فاشْتَرى حِنْطَةً فيها حَبَّاتُ شَعيرٍ وأَكَلَها، يَحْنَث في الأَكْلِ دونَ الشِّراء؛ لمَا قلنا[٥].

(كَما) لا يحنَثُ لوْ حَلفَ لا يشْتَري رُطَباً (لَوْ اشْتَرى بُسْراً مُذَنِّباً)؛ لما ذكَرْنا.

❀ ❀ ❀

= الفرع: فكذلك لو حلف لا يأكل بسراً، فأكل بسراً مذنِّباً، فإنه لا يحنث.
الأصل: حلف أن لا يشتري رطباً، فاشترى رطباً مذنِّباً، فإنه لا يحنث.
الفرع: فكذلك: إذا حلف لا يأكل رطباً، فأكل رطباً مذنِّباً، فإنه لا يحنث.
عند الإمام: (الأصل مسلم عنده) والخلاف في الفرع:
حلف أن لا يأكل بسراً، فأكل بسراً مذنِّباً، فإنه يحنث.
أو حلف أن لا يأكل رطباً، فأكل رطباً مذنِّباً، فإنه يحنث.
والسبب: أنه في كل واحد من البسر المذنِّب والرطب المذنِّب مقصود في الأكل (وللأغلب حكم الكل)، فيحنث.
أما في الشراء: فإنه في الشراء يصادف الجملة (فيتبع القليل فيه الكثير)، فلا يحنث.
ينظر: المصادر السابقة.

(١) سقط من: (أ) و(ب).
(٢) في النسخ (و) وأظنها زائدة.
(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٩٦٩/٣.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) أن الأكل يصادفه شيئاً فشيئاً.

[اليمين على أكل اللَّحْم وما يتعلق به]

(وفي) حلفه (لا يأْكُلُ لَحْماً، أَوْ بَيْضاً، فأَكَلَ لَحْمَ سَمَكٍ، أَوْ بَيْضه) [بالجَرِّ؛ يعني[١]: بيْضَ السَّمَك][٢]؛ (لا يَحْنَثُ) استحساناً؛ إذْ هو لَمْ يَتبادرْ[٣] مِنْ ذكرِ اللَّحم.

والقياس: أنْ يحنث، وهو قول مالك[٤] والشافعي[٥]؛ لقوله تعالى: ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [فاطر: ١٢] والمرادُ به السَّمكُ بالإجماع[٦].

وجه الاستحسان: أَنَّ التَّسْمِيَةَ مجازية؛ لأنَّ [اللحم][٧] مَنْشَأه الدَّم [ولا دم][٨] فيه؛ لِسُكُونهِ في الماء، ولَوْ كان لَهُ دَمٌ لمَا أُبيحَ بلا ذكاة، وَبَيْضُهُ كَلَحْمهِ، إلَّا أنْ يَنْوِيَ، فحينئذٍ يُعْتَبر النِّيَّةُ فيهما[٩].

(وَكذا) لا يَحنثُ (في الشِّراءِ) لوْ حَلفَ أنْ لا يشْتَري لَحْماً، فاشْتَرى لَحْمَ سَمكٍ؛ لما ذكرنا.

---

(١) في (ب): (أي).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) لأنَّ التبادر إلى الذهن علامة الحقيقة.
(٤) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٥١/١.
(٥) هو قول بعض الخراسانيين من الشافعية.
ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٥٣٦/١٠.
(٦) ينظر: جامع البيان في تأويل القرآن: ٤٤٩/٢٠، وتفسير القرآن العظيم: ٥٤٠/٦، وتفسير المراغي: ١١٦/٢٢، والبحر المديد في تفسير القرآن المجيد: ٥٢٦/٤، وأحكام القرآن: ٢٤٦/٥.
(٧) سقط من: (أ) و(ب).
(٨) سقط من: (أ).
(٩) أي: في لحم السمك وبيضه.

(ولَوْ أَكَلَ لَحْم إنسانٍ، أَوْ خِنْزيرٍ؛ حَنَثَ)؛ لأنَّه لَحمٌ حقيقةً[١]، إلَّا أنَّه حرام[٢].

وذَكَرَ الزَّاهدُ العتَّابيُّ[٣]: أنَّه لا يحنث بأَكْلِ لَحْم الخِنزيرِ والآدمي[٤].

قال في الكافي: وعليه الفتوى[٥].

(وكذا) يحنث (لَوْ أَكَلَ كَبِداً، أو كِرْشاً)؛ لأنَّهما لَحْمٌ حقيقةً.

قال صاحبُ المحيط[٦]: «هذا في عُرفِ أَهلِ الكوفة».

(والمُخْتارُ: أنَّه لا يحنثُ بِهما)؛ [أي: بالكَبِدِ والكِرْش وكذا الطِّحالُ][٧] (في عُرْفنا)؛ لأنَّهما لا يُعدَّانِ لحْماً، ولا يُسْتعملانِ اسْتِعْماله، والظَّاهرُ أنَّ المرادَ بالعرفِ: عرفُ ما وراءَ النَّهرِ كما هو مُصْطلحُ صاحب الهداية[٨].

(كما) لا يحنث (لوْ أَكَل أَلْيَةً) في لا يأْكُلُ لحْماً؛ للعرفِ؛ لأَنَّها نوعٌ ثالثٌ، حتَّى لا يُستَعملُ استعمالَ اللُّحومِ والشُّحوم.

---

(١) كلمة (اللحم) تطلق على لحم الإنسان حقيقة، وليس مجازاً، ولكن الكلام ليس في هذا، بل في إسناد الأكل إلى لحم الإنسان، فلا نراه من باب الحقيقة، بل هو من باب (المجاز الإسنادي)؛ للاستحالة أو بعد تصوره على الحقيقة، والله تعالى أعلم.

(٢) لكرامة الإنسان ونجاسة الخنزير.

(٣) أحمد بن محمد بن عمر العتابي البخاري نسبة إلى دار عتاب محلة ببخارى، زين الدين من فقهاء الحنفية، عالم بالفقه والتفسير، له: جوامع الفقه، وشرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، وشرح الزيادات، توفي ٥٨٦هـ.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ١/١١٤، والأعلام، للزركلي: ١/٢١٦.

(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: ٣/١٢٨.

(٥) ينظر: المصدر السابق.

(٦) ينظر: هدية العارفين: ٢/٤٠٤، وخليج البحار: ص٤٢٢.

(٧) سقط من: (ج).

(٨) ينظر: العناية شرح الهداية: ٨/٣٢.

(وفي) حلفه (لا يأْكُل شَحماً، يتَقَيَّد بشَحْمِ البَطنِ، فلا يَحنثُ بشَحم الظَّهر) وهو الذي خالطهُ لحمٌ عند أبي حنيفة، وهو الصَّحيح؛ لأنّه مِنَ اللّحوم، ويقال له: لحمٌ سمين، ويُسْتعملُ فيما يُستَعمل فيه اللّحم (خلافاً لهما)، فإنَّه يحنث عندهما؛ لأنَّ اسم الشَّحم يتَناولهُ، وهذا في عُرفهم، وفي عُرفنا، اسم الشحم لا يقعُ على شحمِ الظَّهر بحال.

(ولوْ أَكَلَ أليَةً، أَوْ لَحماً، لا يحنث اتفاقاً)؛ لأنَّهما ليسا بشحم.

❊ ❊ ❊

[اليمين على أكل الحِنْطَة وما يتعلق بها]

(وفي) حلفه (لا يأكُلُ منْ هذه الحِنْطَة، يتَقَيَّد) عند عدم النِّية (بأَكْلِها قَضْماً) بفتح القاف وسكون الضاد المعجمة: «الأَكْل بأَطْرافِ الأَسْنان»[(١)]، فلا فرق بينه وبين المَضْغ.

(فلا يحنث بِأَكْلِ خُبْزِها) عند أبي حنيفة حتى يَقْضِمها (خلافاً لهما) فإنَّ عندهما: لو أكل من خُبْزِها يحنث أيضاً؛ لأنَّ أَكْل الحِنْطَة عام، فيتناول عَيْنها، وما يُتَخذ منها، فوجب العملُ بِعمومِ المجاز.

وله: إنَّ هذا الكلام له حقيقة مستعملة، ومجاز مُتَعارف، فصار الحقيقة أولى، لما عُرِف في أصول الفقه[(٢)]، وهذا؛ لأنَّ [عين][(٣)] البُرِّ يُؤْكَل عادة، فإنَّه يُقْلى ويُؤْكل قَضْماً، ويُتَخَذ منه الكِشْك والهريسة ونحوهما.

(وفي) حلفه (لا يأْكُلُ مِنْ هذا الدقِّيقِ، يحنث) بأكل (خُبْزِه)؛ لأنَّه

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٢٠١٣/٥.

(٢) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: ٩٣/٢.

(٣) سقط من: (ج).

هو المعتاد (لا بِسَفِّه)؛ أي: لا يحنثُ بأَكْل الدَقيقِ سُفُوفاً وهو أن يوضَعَ على الكَفِّ، ويُبْتلَع من غير مَضْغ كما [هو][(١)]، وهو غير مُعْتاد، فانْصَرف إلى ما يُتَخذُ منه خُبزاً كان أو غَيره، ولو قال: ما يُتَخذُ منه مكان قوله: (خُبْزه)؛ لكان أشْمل (في الصَّحِيح)؛ لأنَّ اليمينَ فيما لا يُؤكَل عادةً، تُعْقد على ما يُتَّخذُ منه؛ لأنَّ المَجاز المَتعَارف راجحٌ على الحقيقة المَهْجورة[(٢)]، وإنْ عنى أكلَ الدَّقيقِ بعينه، لمْ يحنث بِأكلِ خُبْزه؛ لأنَّه نوى حقيقة كلامه.

(والخُبْزُ يقَعُ على ما اعْتادَهُ أَهلُ مِصْرِهِ، كَخُبزِ البُرِّ والشَّعِير)؛ لأنَّ مَبنى اليَمينِ، العُرف الغالبُ في البُلدان.

(فلا يَحْنثُ بِخُبزِ القَطائفِ، أَوْ خُبْزِ الأَرُزِّ بالعراق)؛ لأنَّ أهله غيْر مُعْتادين بِأكْله، ويحنث به في طَبْرِسْتان[(٣)] (إلَّا إذا نَواه)، فحينئذٍ يحنث.

❁ ❁ ❁

[رجوع إلى باب اليمين على ما يتعلق باللَّحم]

(والشِّواءُ)[(٤)] يقع (على اللَّحْم) خاصَّة؛ لأنَّ النَّاس يُطْلقون هذا اللفظَ على اللَّحم.

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) ينظر: شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع بحاشية العطار: ٤٣١/١.

(٣) هي بلدان واسعة كثيرة يشملها هذا الاسم، خرج منها كثير من أهل العلم والأدب والفقه، والغالب على هذه النواحي الجبال، وهي كثيرة المياه، كثيرة الأشجار والفواكه.
ينظر: معجم البلدان: ١٣/٤.

(٤) الأولى ذكر هذا المقطع من قوله: (والشواء) إلى قوله: (في التنانير) مع المسائل المتعلقة باللحم، إلَّا أنَّه أدرجه مع مسائل اليمين على الحنطة، ولعل له عذر في ذلك.

(لا) يقع (على البَاذِنْجانِ، أَوِ الجَزرِ، أوِ البَيْض) المشوي[(١)] (إلَّا إذا نواه)؛ لأنَّه مشدِّدٌ على نَفْسه.

(والطَّبِيخ) يقع (على ما يُطْبَخ منَ اللَّحم بالماء) خاصَّة [استحساناً، والقياس: أنْ يحنث بكل مَطْبوخ، لكنْ تعذَّر الأَخذُ به؛ إذِ المسهل من الدَّواء مَطْبوخ، ويُعلم أنَّه لمْ يُرِدْه، فيُحمل على خاصٍّ مُتَعارف، وهو اللَّحم المَطْبوخ بالماء، فإنَّ مُتَّخذه يُسمَّى طَبَّاخاً دون غيره، وأمَّا المَقْلية اليابسة، فلا يُسمَّى مطبوخاً][(٢)] ويقع (على مَرقِه) أيضاً؛ إذْ فيها أجْزاءه.

قال الزَّاهِدي[(٣)]: هذا إنَّما [هو][(٤)] في عُرْفهم، وأمَّا في عُرفنا: فيحنَثُ بكُلِ مطبوخ[(٥)] (إلَّا إذا نَوى غيْرَ ذلك) فيحنث؛ لأنَّه شدَّدَ على نَفْسه.

(والرأسُ) يقع (على ما يُباعُ في مِصْره)؛ أي: مِصْر الحالف على ما هو العُرف، (ويُكْبَسُ)؛ أي: يدخل (في التَّنانِيرِ) جمع تَنُّور، وكان أبو حنيفة يقول أوَّلاً: يدخل فيه رُؤوسُ الغَنم، والبَقرِ، والإبل؛ [لِمَا رُوي عن عادة أهْلِ الكوفة، ثمَّ لمَّا تركوا هذه العادة في الإبل، فَرجعَ وقال: يحنث برأْسِ البقرِ، والغنَم خاصَّة.

وهما: لمَّا شاهداً عادة أهلِ بغدادَ في رأْسِ الغنَم خاصَّة،[(٦)] قالا: لا يَحنثُ إلَّا برأْسِ الغَنم خاصَّة، فعُلِمَ أنَّ هذا اخْتلافُ عَصْرِ وزمان لا اختلافُ حُجَّة وبُرْهان][(٧)].

❊ ❊ ❊

---

(١) قيد للثلاثة.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: خليج البحار: ص٥٧٤.
(٤) سقط من: (أ).
(٥) ينظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٥٦١/١.
(٦) في (أ) و(ب): (و) وهي زائدة.
(٧) سقط من: (ج).

[باب اليمين على الفاكهة وما يتعلق بها]

(والفَاكِهةُ): هي اسم لما يُؤكَل على سبيل التَّفَكُّه؛ أي: [١٨٧/أ] التَّنعم.

في المحيط: أنَّ العبرة للعُرفِ[١].

يقع (على التُّفَاحِ، والبِطِّيخ، والمِشْمِشْ) ونحوها من ثمارِ الأَشْجار، كالخُوخ، والكُمَّثْرى، والسَّفَرْجَل، والتِّين، والإجاص، والتُّوت؛ لأنَّها تُؤْكلُ للتَّفكُّه دون الشبع.

فلو حلف لا يأكُل فاكهة، فأكَل منها؛ يَحنَث بالاتفاق، رُطباً كان أوْ يابساً، إلَّا البطيخَ اليابس[٢]، فإنَّه لا يُعَدَّ فاكهة عُرفاً.

(وعندهما): يقع (على العِنَب، والرُّطَب، والرُّمَان أيْضاً)؛ لأنَّها يُتَفَكَّه بها عادة كسائرِ الفواكه، فلو أكلَ منها لا يَحنَث عنده، ويحنث عندهما.

في النِّهاية قال الفقيه أبو اللَّيْث: بقولهما نأْخذُ الفتوى؛ لأنَّه أظهر[٣].

ثمَّ الخلاف إذا لمْ ينْوِ شيئاً، وأمَّا إذا نَوى يحنثُ بالاتفاق؛ لأنَّه تَشْديدٌ[٤] عليه.

[ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ﴾ [الرحمن: ٦٨].

وكذلك عَطْف الفاكهة على العِنَب في آية أخرى[٥]، والمعْطوفُ يُغايرُ

---

(١) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ٢٨٦/٤.

(٢) لأنه غير معتاد التفكه به في العرف، ومبنى الأيمان على العرف.

(٣) ينظر: رد المحتار على الدر المختار: ٧٧٧/٣.

(٤) في (ج): (شديد).

(٥) وذلك في قوله تعالى: ﴿وَعِنَبًا وَقَضْبًا ﴿٢٨﴾ وَزَيْتُونًا وَنَخْلًا ﴿٢٩﴾ وَحَدَائِقَ غُلْبًا ﴿٣٠﴾﴾ [عبس: ٢٨ - ٣٠] والعطف يقتضي المغايرة. =

المعْطوفَ عليه لغةً(١).

ولأنَّه ذكره في معْرض الامْتِنان، والكَريم الحليمُ لا يعيد المِنَّة بالشيء مَرَّتَين.

قيل: هذا اخْتِلاف عصرٍ وزمان، فالنَّاس في زمنِ أبيٍ حنيفة لا يَتفَكَّهون بهذه الأشْياء، ويَتفَكَّهون في زَمَنِهِما، فأفتى كلٌّ حَسْبَ(٢) زمانه](٣)(٤).

(ولا تقَع) الفاكهة (على القِثَّاء) هو الخيار(٥) المعروف.

= فإن قيل: لا نسلم أنَّ العطف يقتضي المغايرة كما في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ مِيثَـٰقَهُمْ وَمِنكَ وَمِن نُّوحٍ وَإِبْرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَى ٱبْنِ مَرْيَمَ ۖ وَأَخَذْنَا مِنْهُم مِّيثَـٰقًا غَلِيظًا ۝٧﴾ [الأحزاب: ٧] فلو كان العطف يقتضي المغايرة لم يكن المعطوفون من الأنبياء؟

أجاب تاج الشريعة على هذا بقوله: الشيء قد يعطف على جنسه للتخصيص والتفضيل كما ذكر من النظير، ولا يجوز ذلك فيما نحن بصدده؛ لأنَّه موضع تعدد النعم، فلا يستقيم الشيء على جنسه؛ لأنَّ الحكيم في موضع التعداد لا يذكر نعمة واحدة مرتين؛ لأنَّ فيه قصور النعم.

ينظر: البناية شرح الهداية: ١٨٢/٦.

(١) ينظر: شرح الأشموني لألفية ابن مالك بحاشية الصبان: ٣٧٩/٣.

(٢) في (ب): (بحسب).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) هذه المسألة (إذا حلف شخص أن لا يأكل فاكهة) على ثلاثة أوجه:

١ ـ يحنث إجماعاً وهو ما إذا أكل المشمش أو السفرجل أو التين.

٢ ـ لا يحنث إجماعاً وهو ما إذا أكل القثاء أو الخيار أو الجزر.

٣ ـ اختلفوا فيه وهو إذا ما أكل الرمان والرطب والعنب.

عند أبي حنيفة: لا يحنث؛ لأن الفاكهة عنده ما يقصد بأكله التفكه دون الشبع ولا يتحقق ذلك فيما ذكر.

وعند أبي يوسف ومحمد: يحنث؛ لأن ما ذكر من أعز الفواكه عندهما.

وهناك وجه آخر وهو: إذا نوى شيئاً مما ذكر، وفيه خلاف، فإنه يحنث بالاتفاق؛ لأنه مشدِّد فيه.

ينظر: الجوهرة النيرة، أبو بكر بن علي بن محمد الزبيدي الحنفي: ٢٠٧/٢.

(٥) في (أ): (المختار).

(و) لا على (الخِيَار) هو القِثَّاء، وقيل: بالعكس، ولا الجَزرِ فلو أَكل منها لا يحنث (اتفاقاً)؛ لأنَّها من البُقول.

❊ ❊ ❊

[باب اليمين على الإدام وما يتعلق به]

(والإِدَامُ) يقع (على ما يُصْطَبغُ به) على بناء المجهول؛ أي: يُتَلوَن به الخُبْزُ لِلأَكْل (كالخَلِّ، والزَيْتِ، واللَّبَن) والعَسَل، والزُّبَد، عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الإدامَ: ما يُؤْكل تبعاً، والتَّبَعيَّة[1] في الاختلاط؛ لِيكونَ قائماً فيه[2].

وقالا: ما يُؤْكَلُ بالخُبْز غالباً فهو إدام؛ لأنَّ الإدامَ مِنَ المُوادَمة، وهي المُوافَقة[3]، وكُلُّ ما يُؤْكل معهُ موافقٌ له، كاللَّحم والبَيْض.

[و][4] قال ابنُ الأَنْباري[5]: الإدامُ ما يُطَيِّبُ الخُبْز ويُصْلحُه، ويُتَلَذَّذُ به الأَكْل، وهو يَعمُّ المائِع وغيره، وأما الصِّبْغ فيَخْتَصُّ بالمائع[6]، وهو ما يُغْمَس فيه الخُبْز ويُلَوَّن به، وللتنبيه على عموم الإدام.

---

(١) في (ب): (للتبعية).
(٢) في (ج): (به).
(٣) أخرج الترمذي عن المغيرة بن شعبة ﷺ أنه خطب امرأة فقال النبي ﷺ: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»، أبواب النكاح، باب: ما جاء في النظر إلى المخطوبة: ٣٨٩/٣، وذكر أنه حديث حسن.
(٤) سقط من: (أ) و(ب).
(٥) محمد بن القاسم بن بشار بن الأنباري، المقرئ النحوي، أعلم الناس بالنحو والأدب، سمع محمد بن يونس الكديمي وإسماعيل القاضي، له: الوقف والابتداء، والمشكل، وغريب الغريب النبوي، والكافي في النحو، توفي ٣٢٨هـ.
ينظر: تاريخ بغداد: ٤٨٩/١١.
(٦) المغرب في ترتيب المعرب، ناصر بن عبدالسيد أبي المكارم بن علي الخوارزمي: ٢٢/١.

قال: (وكذا المِلْحُ)؛ أي: هو إدام كالمُصْطَبغ [به][(١)]، وإنْ كان لا يُؤْكَل وحْدَه عادة، ولكنَّه يذوبُ في الفم، فيَحْصُل الاختلاط بالخُبْز.

(لا اللَّحْمُ)؛ أي: لا يقَعُ على اللَّحم (والبَيْضُ، والجُبنُّ) ـ بتشديد النُّون ـ؛ لأنَّها تُفرَدُ بالأَكْل، وأمْكَن إفراده بالأَكْل[(٢)]، فلَيْس بإدام، وإنْ أُكِلَ مع الخُبْز.

فإنْ قلتَ: ورد في الحديث: «سَيِّدُ إِدَامِ أَهْلِ الجَنَّةِ اللَّحْمُ»[(٣)].

قلتُ: هو في الجنَّة، وكلامنا في الدُّنيا، وأنَّه لا يلْزَم من كونه سيِّدَ الإدام، أنْ يكونَ من الإدام، كما يُقال: السُّلطانُ سيدُ العربِ والعَجم، وإنْ لَمْ يكنْ هو من العرب (إلّا بالنِّيَّة) فيحنث بما نوى إجماعاً[(٤)].

(وعند محمد: هي)؛ أي: اللَّحم، والبَيْض، والجُبنُّ (إدامٌ أيضاً)؛ لما بيَّنا[(٥)]، [وهو][(٦)] رواية عن أبي يوسف، وهو المختار عملاً بالعرف.

(والعِنَبُ والبَطِّيخُ، ليسَا بإدامٍ في الصَّحِيح)؛ لما ذكرنا[(٧)]،

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) لعل العبارة تصح بعبارة أخرى وهي (وكل ما أمكن إفراده...).

(٣) أخرجه ابن ماجه عن أبي الدرداء بلفظ: «سيد طعام أهل الدنيا وأهل الجنة اللحم»، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني، كتاب: الأطعمة، باب: اللحم، برقم: (٣٣٠٥)، ١٠٩٩/٢، والطبراني في الأوسط عن عبد الله بن بريدة عن أبيه بلفظ: «سيد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم...»، باب: من اسمه محمد، برقم: (٧٤٧٧)، ٢٧١/٧، والبيهقي في شعب الإيمان، باب: أكل اللحم، برقم: (٥٥١٠)، ٨٦/٨، وقد ذكر السخاوي أنه من طريق سليمان بن عطاء عن مسلمة الجزري عن أبي مشجعة عن أبي الدرداء مرفوعاً وسنده ضعيف.
ينظر: المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: ٣٩٣/١.

(٤) لأنه مشدِّد على نفسه.

(٥) وهو أن ما يؤكل بالخبز غالباً فهو إدام.

(٦) سقط من: (أ).

(٧) أي: أنهما يُفرَدان بالأكل.

أمَّا لو كانا في موضع [هو][1] يؤكل تبعاً للخُبْز، واعْتادَه أهله، فيكون إداماً اعْتباراً للعُرف، وهو الأَصْل في هذا الباب.

***

[باب حدود الغداء والعشاء والسحور واليمين المتعلق بها]

(**والغَدَاءُ: الأَكْل**)؛ أي: المأْكُول منْ معتادِ مأْكوله[2] أكثر منْ نِصْف[3] الشَّبع (**فيما**)؛ أي: في جزء من الزَّمان ـ (**بَيْن طُلُوع الفَجْر والزَّوال**) كذا العُرْف.

فإنْ حلف لا يتَغَدَّى، حنث بأَكْله فيه.

وفي فتاوى قاضيخان: لو حلف لا يتَغدى اليومَ، فأَكلَ بعدَ انتِصَاف النَّهار؛ لا يكون حانثاً[4].

(**والعَشَاءُ**) الأَكْل كذلك (**فيما بَيْن الزَّوالِ ونِصْفَ اللَّيل**) فلو حلف لا يتَعَشَّى اللَّيلة، فأَكَل بعدما مَضى نِصْف اللَّيل؛ لا يحنث؛ لأَنَّه لمْ يَتَعشَّ، بل تَسحَّر، ذكره قاضيخان[5].

(**والسَّحُورُ**): هو ـ بالفتحِ ـ المأكول، وبالضمِّ الأَكْل[6] (**فيما بَيْنَ نِصْفِ اللَّيل وطُلوعِ الفَجْر**) مأْخوذ من السَّحَر على التَّوَسع، فإنَّ السَّحَر إنَّما

---

(١) سقط من: (ب) و(ج).

(٢) في (ج): (مأكول).

(٣) في (أ): (نصفه).

(٤) إنَّ هذا كان عرفاً عندهم، أمَّا في زماننا فالغداء من الزوال إلى الغروب، والعشاء من الغروب إلى منتصف الليل، يبدو مما سبق أنْ لم يكنْ في عرفهم وجبة الإفطار الصباحية.

(٥) ينظر: مجمع الأنهر: ٢٩٨/٢، وفتاوى قاضيخان: ٤٥/٣.

(٦) تحرير ألفاظ التنبيه: ١٢٧/١.

هو الثلُثُ الأَخِيرُ منَ اللَّيل، وذِكْرُ الأَكْل على التَّغْليب[١]، ثمَّ الغَداء والعَشَاء[٢] بالفتح والمد: اسم لطعامِ الغَداة والعَشِيّ، على ما في الصِّحاح[٣] والمغرب[٤].

❊ ❊ ❊

[اليمين على عموم الأكل والشرب وما يتعلق بهما]

(وفي) حلفه (إنْ أكلتُ) [فكذا][٥]، (أَوْ شَرِبْتُ، أَوْ لَبِسْتُ، أَوْ كَلَّمْتُ، أَوْ تَزَوَّجْت، أَوْ خَرَجْت) ولمْ يذكر مفعولاً، وقَدْ (نوى) مأكولاً، أَوْ مَشْروباً، أَوْ مَلْبوساً، أَوْ شيئاً مِمَّا ذُكر (مُعَيَّناً) بأَنْ قال:

نَويتُ الحَريرَ، أوِ الخُبْز مثلاً (لا يُصَدَّق) [لا][٦] قضاءً ولا ديانةً؛ لأنَّ مَفعولَ كل فعل منها غير ملفوظ، والنّيةُ إنَّما تَعْمل في الملفوظ، لتَعْيين المُحْتَمل[٧]، والطَّعامُ ونحوه غير مَذكور، وإنَّما يثبتُ بطريق الاقتِضَاء[٨]، والمُقْتَضى لا عمومَ له، فلا يجوز تَخْصِيصه.

---

(١) أي: يطلق السحر، ويراد الأكل في وقت السحر لا في الوقت نفسه؛ لأن الغالب في هذا الوقت هو الأكل، فهو مجاز مرسل علاقته: (الظرفية).

(٢) في (ج): (العشاء والغداء).

(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٢٤٢٧/٦ ـ ٢٤٤٤.

(٤) المغرب في ترتيب المعرب: ٣٣٧/١.

(٥) سقط من: (ج).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) مثل كلمة (حبلُكِ على غارِبكِ) فالنِّية تحدد المعنى المقصود.

(٨) دلالة الاقتضاء: «هو ما لم يعمل النص إلا بشرط تقدمه عليه، مثل: أعتق عبدك عني بألف، فلا يصح إلا بالبيع، فالبيع مقتضى، وما ثبت به وهو الملك حكم المقتضي، فيثبت البيع مقدماً على الإعتاق؛ لأنه بمنزلة الشرط لصحته، ولا عموم له؛ لعدم اللفظ». خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار: ص١٠٢/١٠٣.

(وَلَوْ زادَ طَعاماً) [فقال][(١)]: إنْ أَكَلْتُ طَعاماً (أَوْ) زاد (شَراباً) فقال: إنْ شَرِبْتُ شَراباً (ونَحْوه، صُدِّقَ دِيانةً لا قَضاءً)؛ لأنَّ المَفعول مَلْفوظ مُنَكَّر، ذُكِرَ في محل الشَّرط، فيكون عامّاً[(٢)]، ويجوز تخْصِيصُه، إلَّا أنَّه لمَّا كان خِلافَ الظَّاهر، لا يُصَدَّق قضاءً.

(وفي) حلفه[(٣)] (لا يَشْرَب منْ دِجْلة، لا يَحنثُ بِشُرْبه منْها بإناءٍ، ما لَمْ يَكْرَع)؛ أي: ما لَمْ يَتناول الماءَ بِفَمه منْ ذلك النَّهر عند أبي حنيفة (خلافاً لهما)، [فإنَّ عندهما][(٤)]: إذا شَربَ بأناءٍ يحنث؛ لأنَّه المُتَعارف المفهوم.

وله: «أنَّ كلمة مِنْ للتَّبْعيض، وحقيقته في الكَرْع، وهي مستعملة، ولهذا يَحنث بالكَرِع إجماعاً، فمَنَعَتْ المصيرَ إلى المَجاز[(٥)]، وإنْ كان متعارفاً»، كذا في الهَداية[(٦)].

وفي الكافي: ولأبي حنيفة: أنَّ حقيقةَ الشُّرْب منْ دِجْلةَ بالكَرْع؛ لأنَّ مِنْ لابْتِداء الغاية، فيَنْبَغي أنْ يكونَ ابْتداء الشُّرْبِ منْ دِجْلة، وهذه حقيقةٌ مستعملةٌ. انتهى، فتَأَمَّل فيما بين الكلامين[(٧)(٨)].

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار: ١/٧٥.
(٣) في (ج): (حلف).
(٤) سقط من: (أ) و(ب).
(٥) فالحقيقة إذا كانت مستعملة ولم تكن مهجورة؛ فلا يجوز المصير إلى المجاز.
(٦) الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢/٣٢٧.
(٧) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ٨/١٨٧.
(٨) يبدو أن صاحب الهداية وصاحب الكافي اختلفا في توجيه كلام الإمام أبي حنيفة (رَحِمَهُ ٱللَّهُ).
١ ـ صاحب الهداية: وجه كلام الإمام أن (من) للتبعيض، وتحققه يكون (بالكرع)؛ أي: سيشرب الماء شيئاً فشيئاً.
٢ ـ صاحب الكافي: وجه كلام الإمام أن (من) لابتداء الغاية، وهذا إنما يتحقق إذا بدأ شربه من دجلة مباشرة لا بواسطة الإناء، هذا وجه التأمل، والله تعالى أعلم.

(وإنْ قالَ): لا يَشْرب (مِنْ مَاءِ دِجْلة)؛ يعني: لَوْ ذكر لفظ الماء معها (حَنَثَ) بِشُرْبه (بالإناءِ اتفاقاً)؛ لأنَّ الشَّرط أنْ يكونَ ابتداءُ شُرْبه من[1] ماءٍ منْسُوب إلى دِجْلةَ، وبعد الاغتراف بقيَ منْسُوباً إلى دِجْلة بخلاف ما تقَدَّم؛ لأنَّ الشَّرط ثَمَّة أنْ يكونَ ابتداءُ شُرْبه منْ موضعٍ يُسمَّى دِجْلة.

(وكَذَا في الجُبِّ والبِئْر، وفي الإناءِ بِعَيْنه)؛ أي: لوْ حلفَ لا يَشْربُ مِنَ الجُبِّ[2] أو البِئْر يحنث بالإناءِ، وهذا في البِئْر ظاهر، إلَّا أنَّه[3] لا يمْكِن الشُّربُ منْها إلا بإناء، حتى قالوا: لوْ نزَلَ البئْر و[4] كَرَع لا يحنث؛ لأنَّ الحقيقة والمجاز لا يَجْتمعان تَحت لفظٍ واحد[5]، والحقيقة[6] مَهْجورة.

وأمَّا الجُبُّ: إنْ كانَ ملآنا يمكنُ الشُّربُ منه، لا يحنث إلا بالكرْع عند أبي حنيفة كما في النَّهر[7].

---

(١) في (أ): (في).
(٢) الجب: هو البئر الكثيرة الماء، البعيدة القعر، ولا يدرى من حفره.
ينظر: التلخيص في معرفة أسماء الأشياء: ٢٨١/١.
(٣) لعل العبارة تصح بعبارة أخرى وهي (لأنه).
(٤) في (أ): (أو).
(٥) هذه مسألة أصولية خلافية، هل يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد؟
اختلف العلماء في ذلك على مذاهب:
المذهب الأول: لا يجوز، وهو مذهب جمهور أهل اللغة، وجميع الحنفية، والمحققون من الشافعية.
المذهب الثاني: يجوز، وهو مذهب بعض الشافعية، والقاضي عبد الجبار من المعتزلة.
المذهب الثالث: يجوز استعماله فيهما عقلاً لا لغة، ذهب إليه الغزالي، ورجحه ابن الهمام.
ينظر: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: ٧٩/١، والتقرير والتحبير: ٢٤/٢، والبحر المحيط في أصول الفقه: ٣٩٩/٢.
(٦) وهو الشرب من البئر كرعاً.
(٧) المقصود هو: كما يمكن الكرع من النهر، فإنه يمكن الكرع من الجب. ينظر: الاختيار: ٣٢٢/٢.

وإنْ لَمْ يمكن الشُّرب منه كَرْعاً [أ/١٨٨] يحنث بالاغتراف والإناء؛ لتعينه.

ولوْ حلف لا يشْرَب منْ هذا الإناءِ، فهو على الشُّرب بعينه؛ لأنَّه المتعارف فيه.

❊ ❊ ❊

[الاختلاف في شرط صِحَّة الحلف وانعقاده وثمرته]

(وإمْكَان البرِّ) زمانَ إيجابه في الحلف مُطلقاً (شَرْطُ صِحةِ الحَلْفِ) وانعقادُه عند أبي حنيفة ومحمد؛ يعني[١]: أنَّ اليَمينَ إنَّما تنْعَقد عندهما، إذا كان المَحْلوف عليه مُمْكن الوقوع، سواء كان الحلف بالله تعالى، أَو الطَّلاق، أَو العتاق (خلافاً لأبي يوسف) كما إذا قال: لأشربَنَّ الماءَ الذي في الكوزِ، ولا ماء فيه، تَنْعَقد اليمينُ عند أبي يوسف، ويحنث في الحال.

وقالا: لا يَحْنث؛ لعدَم الانعقاد أَصلاً، فتكونُ كيمينِ الغموس.

وإنْ كانَ في الكوزِ [ماءٌ][٢] فأُريقَ بعدَ اليمين، يحنث اتفاقاً.

(فَمَنْ حَلَفَ: لَيَشْرَبَنَّ ماءَ هَذا الكُوزِ اليَومَ، و) الحال أنَّه (لا مَاءَ فيه) وقتَ الحلف، سواء عَلِمَه أَوْ لا على الصَّحِيح، خلافاً لما يقوله مشايخُ العراق.

(أَوْ كَان) فيه ماءٌ وقته (فَصُبَّ)؛ أي: أريق (قَبْلَ مُضِيِّه)؛ أي: اليوم (لا يحنث) في حلفه عندهما؛ لعدَمِ إمكانِ المَحْلوف عليه، وهو شَرْطٌ

(١) في (ج): (إذ).
(٢) سقط من: (ب).

لانعقادِهِ عندهما (خلافاً له)؛ أي: لأبي يوسف، فإنَّه لَمْ يجْعل إمَكانَ البِرِّ شَرْطاً؛ لبقاءِ المؤقتة، فعَنْده يبْقى يَمِينه، ويحنَث في آخرِ اليوم.

وعندهما: لا يَبْقى يَمينه وَلا يَحْنث أبداً.

وحاصل الخلاف: إنَّ مَحل اليَمين عندَه خَبر في المُسْتقبل، سواء كان الحالفِ قادراً عليه أَوْ لا، ففي المُطْلَقَة يحنث بعدَ الفَراغِ مِنَ اليمين، وفي المؤقَتَةِ يحنث في آخر جزء ذلك الوقت.

وعندهما: مَحلها خَبر فيه رَجاء الصِّدق، ففي المُطْلَقَة، إذا لمْ يكنْ في الكوزِ ماء؛ لا تَنعقد لانعدام رجاءِ الصِّدق، وفي المؤقتة انعقدَ اليمينُ، لكنَّها لمْ يَبْقَ إذا أُريق الماء.

(وكَذَا) الحكم (إنْ لمْ يَقُلْ) الحالف (اليَوْم) بلْ أَطْلق، لا يحنث [عِندَهما][1]؛ لعَدم صِحَة الحلف؛ لانتفاءِ شَرْطِها، وهو إمكان البرِّ.

وعند أبي يوسف: يَحْنث؛ لصِحَة الحلف [عنده][2].

(إلَّا إنْ كَان) فيه ماء وقتَ الحلف (فَصُبَّ؛ فإنَّه يَحْنَث) حينئذٍ (بالاتفاق) بَينَهم؛ لأنَّ البرَّ وجبَ عليه إذا فَرغَ منَ التَّكلُم، لكنْ مُوسَّعاً بشَرْط أنْ لا يفوتَه في عُمره، والبرُّ مُمْكن عندَ الفراغ منه، فانعَقدَ اليمينُ، حتَّى لوْ امتنع بأنْ[3] صَبَّ الماءِ عَقِيبَ اليمين بلا تراخٍ؛ لا ينعقد.

(وفي) حلفه المُطْلَق: (لَيَصْعَدَنَّ السَّماءَ، أَوْ لَيَطِيرَنَّ في الهَواء، أَوْ لَيَقْلِبَنَّ هذا الحَجَرَ ذَهباً، أَوْ لَيَقْتُلَنَّ زَيداً عَالِمَاً) حال عن فاعل الحلف (بِمَوْتِه، انعَقَدَت) اليمين؛ لتَصَور البرِّ، للإمكان الذَّاتي، خلافاً لزفر؛ للاسْتَحالة العادية (وحَنَث للحَال) للعَجزِ عادة.

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) في (أ): (فإن).

ولنا: إنَّ الصُّعودَ إلى السَّماءِ مُمْكن، حتَّى وقَعَ لبَعْضِ الأنْبِياء(١) والجِنِّ، حيث قال تعالى: ﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا ٱلسَّمَآءَ﴾ [الجن: ٨]، وكذا الطَّيَران في الهواء، واقعٌ للأولياء.

وقتل(٢) المَيِّتْ، مُمْكن [بإعادةِ اللهِ الحياةَ إليه](٣)، وكذا قَلْبُ الحَجَر ذَهَباً، مُمْكن بتَحويلِ الله، وواقعٌ لِبعْض الأَخْيار(٤)، فتَنْعقدُ اليمين في هذه الصُّور(٥) ويحنث في الحَال، للعَجزِ الثابت عادة.

فإنْ قيل: لِمَ [لَمْ](٦) ينعَقد اليَمينُ على مَاءٍ يوجده الله تعالى في الكُوزِ وهو مُمْكِن؟

قلنا: ذلكَ المَاء لَيْسَ الماءُ الذي انْعَقد اليَمين عليه.

(وإنْ لَمْ يَعْلَم) الحالف (بِمَوْتِه، فلا)؛ أي: فلا تَنْعَقد اليَمِين؛ إذْ حينئذٍ يُرادُ القتل المُتَعارف، وهو مُمْتَنع، بخلاف ما إذا عَلِم، فإنَّه حينئذٍ يُراد قَتله بعدَ إحياء الله، وهو مُمْكن (خِلافاً لأبي يوسف)؛ لأنَّ عنده تَنْعقد؛ إذْ هذه نَظِير شُرْب الماءِ الذي في الكُوز ولا ماء فيه.

❋ ❋ ❋

[اليمين على الكلام وعلى ما يُسَمَّى كلاماً والخلاف فيه]

(وفي) حلفه (لا يَتَكَلَّم، فَقَرأَ القرآن، أَوْ سَبَّحَ، أَوْ هَلَّلَ، أَوْ كَبَّرَ،

(١) كما وقع لسيدنا محمد عليه الصلاة والسلام في ليلة الإسراء والمعراج، حيث عرج به إلى السماوات العلى، إلى السدرة المنتهى.
(٢) في (أ) و(ب): (قيل: فلان).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) في (أ): (الأخبار).
(٥) في (أ): (الصورة).
(٦) سقط من: (أ).

لا يَحْنَث) مطلقاً (سَواء) كان (فِي الصَّلاةِ، أَوْ خَارِجَها، هو المُخْتَارُ) اختارَه شَيْخُ الإسْلام المَعْروف بخُواهِر زَاده[١]؛ لأنَّه لا يُسَمَّى مُتَكَلِّماً [عُرفاً وشرعاً][٢][٣] بَلْ قارِئاً وَمُسَبحاً.

وعند الشافعي: يَحنَث[٤]؛ لأنَّه كَلام حَقيقة، وهو القياس.

وفي الولوالجية[٥]: المُخْتار إنْ كانَ اليمين بالعَرَبية؛ لا يَحنَث في الصَّلاة، وحنث في خَارِجها، وبالفارسِيَّة لا يحنث مطلقاً[٦].

(وفي) حلفه (لا يُكَلِّمُه)؛ أي: فلاناً (فكَلَّمَه بِحَيْثُ يَسْمع) لوْ لمْ يكنْ نائماً، والحال (هو نَائمٌ، حَنِث)؛ [لأنَّ الكَلَام حصَلَ وَوصَل إلى سَمْعه، لكنَه لمْ يَفْهَم؛ لنومه][٧] (إنْ أَيْقَظَهُ) بِكَلامه، فلوْ ناداه بِحَيث لمْ يوقِظْه لا يحنث في الأَصَحِّ، وعليه مشايخنا[٨]؛ لأنَّه إذا لمْ يتنَبَّه كان كما إذا ناداه مِنْ بَعِيد، وهو لا يسمع صوته.

(وقِيلَ:) يحنث (مُطْلَقاً)؛ أي: سَواء أيقظه بالإسْمَاع أَوْ لا، وإليهِ مَالَ صَاحبُ الاختيار[٩].

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٤٤٨.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٣٧/٣.
(٤) عند الشافعية: الصحيح أنه لا يحنث، وفي وجه يحنث.
ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: ٦٥/١١، وحاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة: ٢٨٥/٤.
(٥) فتاوى الولوالجي، من الكتب المعتمدة في الفتوى عند الحنفية، للإمام أبي المكارم إسحاق بن أبي بكر الحنفي، المتوفى ٧١٠هـ، جمع فيه من الواقعات ومن كتب الإمام محمد بن الحسن مما لا بد من معرفته لأهل الفتوى ليكون كتاباً جامعاً للفقه وتواعده.
ينظر: كشف الظنون: ١٢٣٠/٢.
(٦) ينظر: الفتاوى الولوالجية: ١٩٩/٢.
(٧) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: العناية شرح الهداية: ١٤٤/٥.
(٩) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٥٩/٤ ـ ٦٠.

(وَلَوْ كَلَّمَ غَيْرَه، وَقَصَدَ إسمَاعَه لا يَحْنث)؛ لأنَّه لَمْ يُكلِمْه حقيقة.

(وَلَوْ سَلَّمَ على جَمَاعةٍ هو فِيهِم؛ حَنِث)؛ لأنَّه كلامٌ للجميع، (وإنْ نَوَاهُمْ دُونَه؛ لا يَحْنَث) دِيانةً؛ لِعدَم القَصْد، ولا يُصَدق قضاءً؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّه للجَمَاعة، والنِّيَة لا يَطَّلِع عليها الحكم.

(وَلَوْ قَالَ:) لا أُكَلِّمُهُ (إلا بإذْنِهِ، فَأَذِنَ) له (وَلَمْ يَعْلَمِ) الحالفُ بالإذن (فَكَلَّمَهُ، حَنِثَ خِلافاً لأبي يُوسَف)، فإنَّ عِنده: لا يَحْنث؛ لأنَّ الإذنَ هو الإطْلاق.

ولهما: إنَّ الإذنَ مُشْتق منَ الأذان الذي هو الإعلام، فإذا أَذِن ولمْ يعْلَم، لا يكونُ إذناً، وما في الهداية: «أوْ منَ الوقوع في الإذْنِ، وذلك لا يتَحَقَّق إلَّا بالسَّماعِ»[١] لا يناسب المقام؛ لأنَّ الكلامَ فيما إذا لَمْ يعْلَمْ لا فيما إذا لَمْ يَسْمع.

(وفي) حلفه (لا يُكَلِّمُهُ شَهْراً، فَهُوَ مِنْ حِينِ حَلْفِهِ)؛ لأنَّه لوْ لَمْ يُقَيِّدْهُ به لتأبَّدَت يمينهُ، فصار الشَّهرُ مخرجاً ما وَراءه، فَبَقِيَ الذي يلي يَمِينه دَاخِلاً عمَلاً بدلالةِ حاله.

وفي حلفه (يَوْمَ أُكَلِّمُهُ) يكون (لِمُطْلَقِ الوَقْتِ)؛ لأنَّ اليوم إذا قَرنَ بفعلٍ لا يَمتَدُّ، يراد به مُطْلق الوقْتِ، والكَلام لا يَمْتد، وقَدْ مَرَّ.

(وَتَصِحُّ نِيَّةُ النَّهارِ فَقَط) دونَ اللَّيل، فَصُدِّقَ قضاءً؛ لأنَّه نوى حقيقة كلامِه.

وعن أبي يوسف: لا يُصَدَّقُ في القضاءِ؛ لأنَّه خلاف المُتَعارف.

وفي [حلفه][٢] (لَيْلَةَ أُكَلِّمُهُ) يقع (على اللَّيلِ فَحَسْبُ)؛ لأنَّه اسمٌ للسَّواد، والنَّهار: عبارة عن البَياضِ الخالِص.

---

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٢٩/٢.
(٢) سقط من: (أ) و(ب).

(وفي) حلفه (إِنْ كلَّمْتُه)؛ أي: فلاناً (إلَّا أَنْ يَقْدَمَ زَيْدٌ) وإلَّا (أَنْ) للغَاية كحتى[(١)] (أَوْ) قال:

إنْ كَلَّمْتُهُ (حَتَّى يَقْدُمَ) زيد، (أَوْ إلَّا أنْ يأْذَنَ زَيْدٌ، أَوْ) قال: إنْ كلَّمْتُه (حَتَّى يأْذَنَ) زيد؛ (فكَلَّمَهُ قَبْلَ ذَلِكَ، حَنَثَ) في الوجوه كُلِّها؛ لبقاءِ اليَمين، ولوْ كَلَّمَهُ بعد القُدومِ والإِذْنِ لمْ يحنث؛ لانتِهاءِ اليمين.

(وإِنْ مَاتَ زَيْدٌ) الذي أُسْند إليه اليَمين قَبل القُدومِ والإذنِ (سَقَطَ الحَلْفُ)؛ أي: اليمين؛ لأنَّ الممنوع عنه كلامٌ ينتَهي بالقُدُومِ والإِذنِ، ولم يَبْقَ بعد الموت.

(وفي) حلفه (لا يَأْكُلُ طَعَامَ فُلانٍ، أَوْ) حلف (لا يَدْخُلُ) [أ/١٨٩] (دَارَه، أَوْ) حلف (لا يَلْبَسُ ثَوْبَه، أَوْ) حلف (لا يَرْكَبُ دَابَّتَه، أَوْ) حلف (لا يُكلِّمُ عَبْدَه) والضَّمائرُ إلى فلان (إنْ عَيَّنَ) الحالف بأن قال: واللهِ[(٢)] لا آكل طَعام فلانٍ هذا، أَوْ لا يَدْخل داره هذه، أَوْ لا يلْبَس ثوْبَه هذا، أَوْ لا يركب دابَّتَهُ هذه، أو لا يكَلِّمُ عبده هذا (وَزَالَ مِلْكُهُ)؛ أي: ملك المضاف إليه ـ بأَنْ باع هذه الأشْيَاء، (وَ) بعد ذلك (فعل) الحالف، بأَنْ أَكَل ذلك الطَّعام، أَوْ دخل تِلكَ الدَّار، أَوْ لبسَ ذلك الثَّوب، أَوْ رَكب تلك الدَّابَّة، أو كَلَّمَ ذلك العبد؛ (لا يَحْنَثُ) عند الشيخين؛ لأنَّ للإضافة تأثيراً كالإشارةِ فتُعْتَبران، ويكون شرطُ أكْلِ الطَّعام المضاف إلى فلان، وكذا باقيه فلمْ يوجَد، فَبَطُلَت اليمين (خِلافاً لِمُحمد في العَبْدِ والدَّار)؛ لأنَّ الإشارةَ مُعْتَبرة، والإضافة لغْوٌ، فتَعَلَّقَتِ اليمين بالعَيْنِ، وبه قال زفر.

(وفي المُتَجَدِّدِ لا يَحْنَثُ اتفاقاً) في هذه الصُّورِ كُلِّها، وهي ما إذا قال: لا يأْكُلُ طَعام فلان هذا، ولا يَدْخل دار هذا، وزالَ مِلْكُه عنها، ثمَّ اسْتُحْدِثَ له طعام، أو دار فأَكَلَهُ، أوْ دَخلها لا يحْنَث؛ لِوقوعِ اليَمين على المُشارِ إليه.

---

(١) ينظر: شرح شذور الذهب في معرفة كلام العرب: ٥٢٨/٢.

(٢) في (ج): (لا حالف) ونظنها زائدة.

(وإنْ لَمْ يُعَيِّنْ) بعد قوله: والله لا آكل طعامَ فُلان؛ (لا يَحْنَثُ بَعْدَ الزَّوالِ)؛ أي: زوال[١] المِلْك.

(ويَحْنَثُ) الحالف (بالمُتَجَدِّدِ)؛ لِوجودِ شَرط الحنث، وهو النِّسْبة والإضَافة إلى فلان، وعدم الإشارة.

(وفي) حلفه (لا يُكَلِّمُ امْرَأَتَهُ، أَوْ صَدِيقَهُ، يَحْنَثُ في المُعَيَّنِ بَعْدَ الإبَانَة) للزوجة (والمُعادَاة) للصَّديق؛ لأنَّ الإضَافة لا تأْثيرَ لها فيها، ورُجِّحَ جانبُ الإشارة؛ لِكَونها أَبْلغ في التعريف، وهذا بالإجماع[٢].

[أَخْطَأ تاجُ الشَّريعة في نَظْمِه الدَّار في سِلْك الصَّديق والمَرأة، وتبعه صَدْرُ الشَّريعة على العمياء][٣].

(وفي غَيْرِه)؛ أي: في غير المعَيَّن بأَنْ قال: (لا) أُكَلِّم امْرَأة فلان، أو صَدِيقَ فلان، لا يحنث (إلَّا في رِوَايةٍ عنْ محمد، وَيَحْنَثُ بالمُتَجَدِّدِ) بأَنْ لَمْ يكنْ له صَدِيق، أَوْ زوجة، وقت اليمين، فاسْتُحْدِث وكَلَّمَه، هذا عندهما.

وأمَّا عند محمد: لا يحنث، هذا إذا لَمْ يكنْ له نِيَّة، وأمَّا إذا نوى، فَعَلى ما نوى؛ لأنَّه نوى محتمل كلامه.

---

(١) في (ب): (زال).

(٢) اختلف النحويون في ترتيب المعارف:
فذهب سيبويه: إلى تقديم الضمير.
وذهب ابن السراج: إلى تقديم اسم الإشارة.
والخلاف في الضمير واسم الإشارة، والعلم في تقديم أحدهما على الآخر، ولم يذكر النحويون خلافاً في تقديم المضاف إلى المعرفة على هذه الأقسام، ووضع هذا القسم من المعارف بهذا الترتيب دون اختلاف يدل على الإجماع؛ إذ لو كان فيه خلاف لذكره النحويون، فعدم ذكرهم للخلاف دليل الإجماع.
ينظر: الإنصاف في مسائل الخلاف بين النحويين البصريين والكوفيين: ٥٨١/٢، وتوضيح المقاصد والمسالك بشرح ألفية ابن مالك: ٣٥٨/١.

(٣) سقط من: (ج).

(وفي) حلفه (لا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هذا الطَّيْلَسَان): وهو اسم قُلُنْسُوَة مُدَوَّرَة يُجْعل عليه العمامة، (فَبَاعَهُ) الصاحب، (فَكَلَّمَهُ)؛ أي: الحالف (حَنَثَ) إجماعاً؛ لأنَّ الامتِنَاع لِذَاته لا للطَّيْلَسَان، ولهذا لو كَلَّم المُشْتري؛ لا يحنث.

(لا أُكَلِّمُه)؛ أي: [و][1] في حلفه لا أُكَلِّمه (حِيناً، أَوْ زَمَاناً) منكراً بلا أَلِف وَلامْ (أَوْ الحِين، أَوْ الزَّمَان) بالأَلِف واللَّام، (ولا نِيَّةَ) على شيء من الوقت، (فهو) مَحْمول (على سِتَّةِ أَشْهُر)؛ لأَنَّ الحين قدْ يراد به الزَّمان القليل، قال الله تعالى: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ۝١٧﴾[2] [الروم: ١٧] وقد يُرادُ بهِ: أَرْبعون سَنَة، قال الله تعالى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾[3] [الإنسان: ١] وقدْ يُرادُ به: سِتَّة أَشْهر، قال تعالى: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ﴾[4] [إبراهيم: ٢٥].

فسَّره ابنُ عباس: بسِتَّة أَشْهر[5]، وهذا هو الوسَطُ فينْصَرف إليه، وهذا؛ لأَنَّ اليسِير لا يقْصَد بالمنع؛ لِعدمَ الحاجة إليه، والمؤبدُ لا يقْصَد غالباً؛ لأنَّه بمَنْزلة الأبد، ولوْ سَكتَ عنه يتأبَّدُ، فَيتعَيَّن ما ذكرنا[6].

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) حين تمسون؛ يعني: صلاة المغرب والعشاء، وحين تصبحون؛ يعني: صلاة الفجر، وحين تظهرون؛ يعني: صلاة الظهر، فدل لفظ الحين في هذه الآية على الزمن القليل.
ينظر: الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: ٨٤٠/١، وجامع البيان في تأويل القرآن: ٨٣/٢٠.

(٣) ينظر: المصدران السابقان: ١٢٥٧/١، ٨٧/٢٤.

(٤) قيل في معنى (حين): كل غدوة وعشية، وقيل: كل سنة، وقيل: كل ستة أشهر، قال النحاس: وهذه الأقوال متقاربة غير متناقضة؛ لأن الحين عند جميع أهل اللغة إلا من شذ منهم بمعنى الوقت يقع لقليل الزمان وكثيره.
فتح القدير: ١٢٧/٣، وجامع البيان: ٥٧٧/١٦.
ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة: ١٢١/٤، والأعلام، للزركلي: ٩٥/٤.

(٥) ينظر: جامع البيان في تأويل القرآن: ٥٧٨/١٦، والكشف والبيان عن تفسير القرآن: ٣١٥/٥، والدر المنثور، عبد الرحمٰن بن أبي بكر السيوطي: ٢٤/٥.

(٦) ذكر المفسرون في المراد بالحين ستة أقوال:

وكذا الزمانُ يُسْتَعملُ استعمالُ الحين، يقال: ما رَأَيْتُكَ مُنذُ حين، [ومنذ][1] زَمان، بمعنى واحد.

(وَمَعَها)؛ أي: مع نيَّة الوَقت (ما نَوَى) منها؛ لأنَّه حقيقة كلامه.

(وإنْ قال: الدَّهْر، أَوْ الأَبد، فَهُو) محمول (على العُمُر)؛ لأنَّ المَعَرَّف منْهما يُراد به الأَبَد.

(وَلوْ قال: دَهراً) منكراً (فَقَد تَوقَّفَ الإمامُ) فقال: ما أَدري ما مِقْداره؟ لأنَّه لَمْ يُنْقلْ عنْ أحدٍ من أرباب اللُّغة تقْديرُه، فوجبَ التَّوقف، واللُّغاتُ لا تُدرى بالقياس[2].

= ١ ـ ثمانية أشهر، وهو قول علي ﷺ.
٢ ـ ستة أشهر، وهو قول عكرمة وابن عباس والحسن.
٣ ـ بكرة وعشية، وهو رواية ثانية لابن عباس.
٤ ـ سَنَة، وهو قول مجاهد.
٥ ـ شهران، وهو قول سعيد بن المسيب.
٦ ـ كل ساعة، وهو قول ابن جرير.
ينظر: كشف المشكل من حديث الصحيحين: ٢/٥٣٤.

(١) سقط من: (أ).

(٢) إثبات اللغة بالقياس، اختلف العلماء في جوازه وعدمه على مذهبين:
المذهب الأول: لا يجوز، وهو رأي معظم الحنفية، وبعض الشافعية، كالباقلاني، وإمام الحرمين، والغزالي، ونسب لأكثر المتكلمين.
المذهب الثاني: يجوز، وهو رأي بعض أصحاب الشافعي، كابن سريج، والشيرازي، والرازي.
تحرير محل النزاع:
اتفقوا على إثبات اللغة بالنقل والتوقيف.
واتفقوا على أنه لا يجري القياس في العلم، واسم الجنس، مثل: زيد ورَجل؛ لعدم الجامع بينهما؛ لأنه لا بد من معنى جامع بين المقيس والمقيس عليه.
ولا يجري في الصفة أيضاً؛ لوجوب اطرادها في كل محل وجد فيه مفهومها وضعاً.
والخلاف إنما هو في الاسم الموضوع لمسمى مستلزم لمعنى هو مدار التسمية، كالخمر: موضوع للنيء من ماء العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد.
فإن مسماه هذا مستلزم لما هو مدار تسميته بالخمر من تخمير العقل وهو تغطيته. =

وفي الجامع المحْبُوبي[١]، توقَّفَ أبو حنيفة في أربعِ مسائل:

أحدها: هذه.

والثانية: الخُنْثى المُشْكل.

والثالثة: وقْتُ الخِتان.

والرابعة: محلُّ أطفالِ المشركين في الآخرة[٢].

(وعندهما: هو كالزَّمانِ)؛ لأنَّه يستعملُ كاستِعْمالِهِ، وبه قالتِ الأئمة الثلاثة[٣].

(ولَوْ قال: أيَّاماً) [منكَّرة][٤] (أَوْ شُهوراً، أَوْ سِنينَ) كذلك؛ (فعَلى

= فمن جوز القياس في اللغة، جوز إطلاق ذلك الاسم على مسمى آخر وجد فيه ذلك المعنى، إلا أن الواضع لم يُسمِّه به؛ لوجود الجامع بين المسميين، كالنبيذ المخمر للعقل، فيجب اجتنابه بآية الخمر، لا بالقياس على الخمر.

ومن لم يجوز القياس في اللغة، لم يجوز الإطلاق، ودليله حينئذ على الاجتناب القياس لا الآية.

ينظر: قواطع الأدلة في الأصول: ٢٨٤/١، والبحر المحيط في أصول الفقه: ٢٥٥/٢.

(١) شرح الجامع الصغير، للإمام عبيدالله بن إبراهيم بن أحمد بن عبدالملك العبادي نسبة إلى عبادة بن الصامت، جمال الدين المحبوبي البخاري الفقيه الحنفي، المتوفى ٦٣٠هـ.

ينظر: كشف الظنون: ٥٦٣/١.

(٢) توقف الإمام أبو حنيفة (رَحِمَهُ ٱللَّهُ) في ثمانية مسائل، الأربعة التي مرت وكذلك:

١ ـ متى يطيب لحم الإبل، والبقر، والدجاجة الجلالة التي تأكل النجاسات؟

٢ ـ الكلب متى يصير مُعَلَّماً؟

٣ ـ سؤر الحمار.

٤ ـ هل الملائكة أفضل أم الأنبياء؟

ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: ١٨٦/٢.

(٣) المقصود بهذا المصطلح، أشهر أئمة المذهب وهم: الإمام أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن.

ينظر: الكواشف الجلية عن مصطلحات الحنفية: ٣٤/١.

(٤) سقط من: (ج).

ثَلاثة) من كلِ صِنف اتفاقاً عند عدم النِّية؛ لأنَّها جُموع ذُكرت مُنكَّرةً، فتتناولُ أقلهَا، وهو الثلاثة[1].

(وإنْ عرَّف)؛ أي: قال: لا أُكَلمه الأيامَ، أوِ الشهورَ، أوِ السنينَ، ولا نيَّة له؛ (فَعلى عَشْرة) مِنْ جِنسه عندَ أبي حنيفة (كأيَّامٍ كَثيرة).

(وقالا:) يقع (على جُمُعة)؛ أي: أُسبوع (في الأيَّامِ، و) يقع على (سَنَةٍ في الشُّهورِ، و) يقع على (العُمُرِ في السِّنين)؛ لأنَّ اللَّام لتعريفِ العهد في الأصلِ، فإذا وجد معهود كان أحَقَّ، والأسبوعُ معهودٌ في عددِ الأيَّام، والسَّنة في عددِ الشُّهور، وليسَ في السِّنين معهود، فيكون لامُها للاستغراق، فيُصْرف إلى عُمُرِ الحالف.

وله: إنَّ اللَّام للعهدِ، إلَّا أنَّ العشرة معهودةٌ في الجَمعِ المعرفِ؛ لأنَّها أقصى ما يُذكرُ بلفظِ الجمع، فإنَّه يقال: ثَلاثةُ أيَّام إلى عشْرة، ثمَّ يُقال أحَدَ عَشَر يوماً، أوْ شهراً، أوْ سَنَة، فكان تعريفاً لهذا المعهود.

❊ ❊ ❊

باب اليمين في الطلاق والعتق

(قال) رَجلٌ لامرأتِهِ: (إنْ وَلدتِ)؛ ولداً؛ (فأنتِ كَذا)؛ أي: طالق؛ (حَنثَ بالمَيِّتِ)؛ لِتَحَقُّقِ الشَّرط؛ إذِ الشَّرط ولادةُ الولدِ، والميِّت ولدٌ

---

(١) اختلف العلماء في أقل الجمع على أقوال:

الأول: أقله اثنان، وهو قول عمر، وزيد بن ثابت، وابن الماجشون، والقاضي أبي بكر بن العربي، واختاره الباجي.

الثاني: أقل الجمع ثلاثة، وهو قول الجمهور، وهو الذي عليه أهل اللغة والشرع.

الثالث: أقله واحد، حكاه بعض أهل الأصول عن إمام الحرمين.

الرابع: التوقف، حكاه الأصفهاني عن الآمدي.

ينظر: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: ٣١٣/١، والإحكام في أصول الأحكام: ٢٢٢/٢.

حقيقة؛ لأنَّه اسمٌ للمولودِ، والميِّت مولودٌ، ولهذا تنقَضِي به العدَّة، والدَّمُ بعده نفاس، وأمُّه أمّ ولد.

(ولَوْ قال:) رَجلٌ لأمتهِ: إذا ولدتِ ولداً (فهو)؛ أي: الولدُ (حرٌّ، فوَلَدَت) ولداً (مَيِّتاً، ثُمَّ) آخر[١] (حَيّاً، عُتِقَ الحَيُّ) وحده عند أبي حنيفة (خلافاً لهما)، فإنَّه لا يُعتق؛ لأنَّ الشَّرط ولادةُ الولدِ، وقد تحقَّقَ بالأول، فانحلتِ اليمينُ لا إلى جزاء؛ لأنَّ المَيِّتَ ليسَ بمحلٍّ للعتق، وهو الجزاءُ.

ولأبي[٢] حنيفة: إنَّ مطلق اسم الوَلد، يتَقَيَّد بوصفِ الحياة؛ لأنَّه قَصد إثباتَ الحُرية جزاء، وهي قوة حُكْميَّة تظهر في دفع تسلطِ الغيرِ، ولا يثبتُ في الميِّتْ فيتَقَيَّد بوصف الحياة، فصار كأنَّه قال: إذا ولدتِ ولداً حيّاً فهو حر.

(وفي) قوله: (أوَّلُ عبْدٍ أملِكُهُ، فهو حرٌّ، فَمَلكَ عبداً) واحداً؛ (عُتِقَ)؛ لأنَّ الأول اسم لفردٍ سابقٍ، وقد وُجدَ، فيعتق.

(ولَوْ ملَكَ عَبدَيْنِ مَعاً، ثُمَّ) مَلَكَ عبداً (آخر؛ لا يُعتَقُ واحدٌ منْهُم)؛ أي: من العبيدِ الثلاثة؛ لعدم[٣] وجودِ الشَّرط، وهو الفرديةُ، ولا فيما اشتراه بعدَهما؛ لعدمِ السبق.

(ولَوْ زادَ) الحالفُ لفظةَ: (وحْدَه) بأنْ قال: أولُ عبدٍ أملكُهُ وحده [أ/١٩٠] فهو حرٌّ، فمَلَكَ عبدينِ معاً، ثمَّ مَلَكَ واحداً بعدَهما؛ (عُتِقَ الآخَر)؛ أي: الثالث؛ لأنَّه يرادُ به الانفرادُ في حالة المِلْك؛ لأنَّ وحدهُ للحال لغة، يقالُ: جاءَ زيدٌ وحده؛ أي: منفرداً[٤].

(ولوْ قالَ: آخِرُ عبدٍ أملِكُهُ) فهو حرٌّ، (فماتَ) الحالفُ (بعدَ مِلْكِ

---

(١) في (أ): (أخرج).

(٢) في (ب): (أبي).

(٣) في (ج): (العموم).

(٤) ينظر: أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك: ٢/٢٥٦.

عبدٍ واحدٍ لا يُعتَق)؛ لأنَّ الآخرَ اسم لفردٍ لاحقٍ، لا يُشَاركه غيرُهُ، ولا سابقَ له، فلا يكونُ لاحقاً، فلا يُعتقُ.

(ولوْ) ماتَ الحالف (بعدَ ملكِ عبدَيْنِ مُتَفَرِّقَيْنِ، عُتِقَ) العبد (الآخرُ)؛ لأنَّه فرد لاحق (منْذُ)؛ أي: حين ـ (ملَكَهُ) وهو وقتُ الشِّراء (مِنْ كلِ مالِهِ) إنْ كان اشتراه في صِحته عندَ أبي حنيفة.

(وعندهما) يعتقُ (عندَ موتهِ من الثُّلث)؛ لأنَّ الآخرية لا تثبت إلا بعدمِ شراءِ غيرهِ بعده، وذلك يتحققُ بالموتِ، فكان الشرطُ متحققاً عندَ الموتِ، فيُقْتصر عليه.

ولأبي حنيفة: إنَّ الموتَ مُعَرِّف، فاتصافُهُ بالآخرية مِنْ[1] وقتِ الشِّراء، فيثبت مستنداً.

(وعلى هذا) الخلاف قوله: (آخرُ امرأةٍ أتزَوَّجها فهيَ طالقٌ ثلاثاً)؛ يقع منذ تزوجها، فإنْ كانَ دخلَ بها فلها المهرُ، [ونصف المهر][2] بالطلاقِ قبلَ الدخولِ (فلا ترثُ خلافاً لهما)، فإنَّها ترث عندهما، بحكم أنَّه فارٌّ، ولها مهرٌ واحد، وعليها العِدَّةُ لأبعدِ الأجلينِ من عدة الطَّلاقَ.

(وفي) قوله: (كلُّ عبدٍ بشَّرني بكذا)؛ أي: بمجيء حبيبي مثلاً (فهو حُرٌّ، فبشَّره ثلاثة مُتَفَرِّقون؛ عُتِقَ الأوَّل)؛ لتحقيق[3] البشارة من الأوَّل دون الباقيين؛ لأنَّها[4] اسم لخبر سارٍّ، ليس للمُبَشَّرِ به علم، وقد حصل [ذلك][5] بالأوَّل.

(وإنْ بشَّروْهُ معاً؛ عتقوا)؛ لأنَّها تحققت مِنَ الكل.

---

(١) في (أ): (في).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) في (ب) و(ج): (لتحقق).
(٤) في (ج): (لأنه) لأنَّ مرجع الضمير (البشارة).
(٥) سقط من: (ج).

(ولو قال: مَنْ أخْبَرني) [بكذا][(١)] (عُتِقوا في الوجْهَيْنِ) في التفرق[(٢)] والجمع؛ لأنَّه خبر، وإنْ كان عند المُخْبَرِ علمه، لكنه يشترط أن يكون صدقاً، كما في البشارة.

(ولو نوى كفَّارتَهُ بشراء أبيه) أو غيره من قريب مَحْرم؛ (سقَطَتْ) خلافاً لزفر والشافعي[(٣)]، والأصل فيه: أنَّ النِّية إذا قارنت عِلَّةَ العِتْقِ؛ أعني: الشِّراء، والرِّقُّ كاملٌ؛ صَحَّ التكْفير، وإلَّا لا، فالعلة عندهما القرابة، فلا مقارنة.

ولنا: شراءُ القريبِ إعتاق، فاقترنت النِّية.

(لا)؛ أي: لا تسقط (بشِراءِ أمَةٍ اسْتَولدَها بالنِّكاحِ، أوْ عبْدٍ حَلفَ بِعِتقِه)؛ لوقوع العتق بوجود الشَّرط، وعدم سُقوط الكفارَةِ بعدم المقارنة (إلَّا إنْ قال: إنْ اشْتَريْتُك، فأنتَ حُرٌّ عن كفارتي)، فتَسْقط إنْ اشتَراه؛ لأنَّ حريته غيرَ مستَحقةٍ بجهة أخرى، فلم تَختلِ الإضَافة إلى اليمينِ، وقد قارَنتْه النِّية.

(وفي) حلفه (إنْ تَسَرَّيْتُ أمةً فهي حُرَّة) يقال: تسرَّرْتُ أمة، أو[(٤)] تَسَريْت، كما قالوا: تظَنَّنْتُ وتضَنَّيْتُ؛ أي: اتخَذْتُ سُرِيَّةً؛ أي: بوأْتُ لها بيتاً، ومنَعتُها عن الخروج، وهي فعلية بالضم، منسوبة إلى السِّر بالكسر، وهو الجماع، أوِ الإخفاء؛ لأنَّ الإنسان كثيراً ما يُسِرُّها، ويسْتُرُها عن حرته، وإنَّما ضُمَّتْ سينه؛ لأنَّ الأبنية قد تغير في النِّسبة خاصة، كما قالوا: في النِّسبة إلى الدهر دُهري، بضم الدال، وكان الأخفشُ[(٥)] يقول: إنَّها مشتقة من السُّرور؛ لأنَّه يُسَر بها[(٦)] (إنْ تسَرَّى

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).

(٢) في (ج): (التفريق).

(٣) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: ٤٣/٥.

(٤) في (ب) و(ج): (و).

(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٤٢.

(٦) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٦٨٢/٢.

مَنْ في مِلْكه، وقتَ الحلف عُتِقَتْ)؛ لأنَّ اليمن انعقدت في حقها؛ لمصادَفتها الملك، وهذا؛ لأنَّ الأمَة منكرة في هذا الشرطِ، فيتناول[١] كل أمة على الانفراد.

(وإنْ تَسرَّى مَنْ مَلَكَها بَعْدَه؛ لا تُعْتَق) خلافاً لزفر، فإنَّه يقول: التَّسَرِّي لا يصِح إلَّا في المِلْك، فكان ذِكْرهُ ذِكْرَ المِلْك، وصار كما إذا قال لأجنبية: إنْ طَلَّقْتُكِ؛ فعَبدي حرٌّ، يصير التزوج مذكوراً دلالة.

ولنا: إنَّ اليمينَ بالعتقِ إنَّما يصح في المِلْكِ، أوْ مضافاً إليه، أوْ إلى شبهه، ولم يُوجد واحد منهما في حَقها، فلا يصِح.

(وفي) حلفه (كلُّ ممْلوكٍ لي حرٌّ؛ عُتِقَ عَبيدُه، ومدَبَّروهُ، وأمَّهاتُ أولادِه)؛ لأنَّ المِلْك ينصرفُ إلى الكاملِ، ومِلْكهُ لهؤلاءِ كاملٌ؛ لأنَّه يملكهم رقبةً ويداً، ولو قال: أردتُ به الرجالَ دون النساءِ؛ دِيْنَ ديانةً لا قضاءً؛ لأنَّ لفظ المملوكِ يتنَاولها عندَ الاختلاط.

(لا)؛ أي: لا يُعتقَ (مكاتِبوهُ)؛ لأنَّ المِلْك غير ثابتٍ يداً، ولهذا لا يملك إكسَابهُ، ولا يحل له وطء المكاتبة (إلَّا إنْ نوَاهم)، وعلى هذا مُعتق البعض[٢].

(وفي) حلفه (هذه طالقٌ، أوْ هذه وهذه؛ طُلِّقَتِ الأخِيرة) في الحال، (وخُيِّرَ في الأولَيَيْنِ)؛ يعني: أيتهما شاء؛ لأنَّ كلمة أوْ لإثبات أحدِ المذكورين، وقد أَدخَلها بين الأوَّلين[٣]، ثُمَّ عطف الثالثة على المطَلَّقة منهما؛ لأنَّ العطف للمشَاركةِ في الحكمِ، وهو الطَّلاقُ، فيختصُّ بمحله، [فصار][٤] كما إذا قال: أحدَيْكما طالقٌ، وهذه طالقٌ، طُلِّقَت الأَخِيرة، وله الخيار في الأولَيَيْن.

---

(١) في (ج): (يتناول).
(٢) ينظر: خليج البحار: ص٤٠٣.
(٣) في (ب) و(ج): (الأوليين).
(٤) سقط من: (ج).

(وكذا العِتْق) كما إذا قال لعَبيده: هذا حرٌّ، أوْ هذا وهذا، عُتِقَ الأخيرُ، وخُيِّرَ في الأَوَّلَيْن[١] لما بيَّنا[٢].

وكذا (الإقرار) كما إذا قال: لفلانٍ عليه ألف، أوْ فلان وفلان، فالأَخيرُ خمسمئة، وخُيِّرَ المُقِرُّ في الباقي بين الأَوَّلَيْن.

* * *

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

والأصل أنَّ كل فعلٍ يرجع حقوقهُ إلى المباشرِ، لا يحنث الحالفُ بمباشرة المأمورِ؛ لوجوده منه حقيقةً وحكماً، وإلَّا يحنث، ويصيرُ العاقدُ سفيراً، والآمر فاعلاً، فما (يحنَثُ بالمباشَرةِ) بنفسه (دونَ التَّوكيلِ في البَيعِ، والشِّراءِ، والإجارَةِ، والاستئجارِ، والصُّلحِ عن مالٍ، والقسمَةِ، والخُصُومَةِ، وضربِ الولدِ)؛ يعني: لو حلفَ لا يبيعُ، أوْ لا يشتري، أوْ لا يؤجر ونحوها، فوكَّل من فعلَ ذلك لا يحنث؛ لأنَّ العقد وُجدَ من العاقد حقيقةً، وكذا حكماً، ولهذا رجعتِ الحقوقُ إليه، حتى لو كان العاقد حالفاً يحنث في يمينه، فلم يوجد شَرط الحنث، وهو العقدُ من الآمرِ، فلم يحنث إلَّا أنْ ينوي أن لا يأمرَ غيره بِهِ، فحينئذٍ شدَّدَ على نفسه بنيَّة.

أوْ كان الحالفُ مِمَّن لا يباشرُ هذه العقودَ بنفسه، فحينئذٍ يحنث بالتفويضِ؛ لأنَّ يمينه باعتبار عادته.

وإنْ كان يباشر تارةً، ويُفوضُ أخرى[٣]؛ يُعتبر الغالبُ، كذا في الكافي[٤].

---

(١) في (ج): (الأولبين).

(٢) في (ج): (بيناه).

(٣) في (أ): (آخر).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٤٨/٣، ودرر الحكام: ٥٧/٢.

وما يحنث (بهما)؛ أي: بالمباشرةِ، والتوكيلِ (في النّكاحِ، والطَّلاقِ، والخُلعِ، والعِتقِ) مطلقاً، سواء كان بمال، أو بغيره[١].

(والكِتَابةُ، والصُّلحُ عن دمِ عَمدٍ، والهِبةُ، والصَّدقةُ، والقَرضُ، والاستِقراضُ)؛ لأنَّ الوكيل في هذه[٢] الأشياء سفيرٌ ومُعَبِّر، وحقوقُ العقدِ راجعةٌ إلى الآمرِ لا إليه، بخلاف الفصلِ الأول؛ فإنَّ حقوق العقدِ فيه ترجع إلى العاقد.

(وإنْ نوى المُباشَرةَ خاصَّة) في الحُكْميَّات؛ (صُدِّقَ ديانةً لا قضَاءً) بخلافِ الحِسِّيَّات، وهو قوله:

(وكذا ضَربُ [أ/١٩١] العبدِ) وإنَّما قاله؛ لأنَّ ضربَ الحرِّ كضرب الولدِ.

(والذَّبْحُ، والبِناءُ، والخِياطَة، والإيداعُ، والاستِيداعُ، والإعَارةُ، والاستِعارةُ، وقضاءُ الدَّين، وقبضه، والكِسْوَة، والحَمَل) لما قدمنا (إلَّا أنَّه لوْ نوى المُبَاشرةَ، يُصَدَّقُ قضاءً وديانةً).

فلو حلفَ لا يضربُ عبده، فأمرَ به غيره، فضَرب؛ يحنث.

ولو حلف لا يضربُ ولده، فأمرَ به غيره؛ لا يحنث.

والفرق: أن فائدةَ ضربِ العبدِ راجعةٌ إلى المولى، فصارَ كضربه[٣] بنفسه، ومنفعةُ ضرب الولد عائدة إلى الولدِ، وهو كونهُ مؤدباً، لا إلى الأبِ، فلا يكونُ كفعله.

ولو حلف لا يضربُ رَجلاً حُراً، فأمر به غيرهُ، فضربهُ؛ لا يحنث؛ لأنَّه لا يملك ضرب الحرِّ بنفسه، فلا يملكُ الأمرَ إلَّا أنْ يكون الآمر ذا

---

(١) في (ج): (غير).
(٢) في (أ): (هذا).
(٣) في (أ) و(ب): (كضرب).

سلطانٍ، أو قاضياً، فحينئذٍ يحنث؛ لأنَّهما يملكان ضربَ الأحرار حداً وتعزيراً، فيملكان الأمر به.

(وفي) حلفه (لا يتزوَّجُ، فَزَوَّجَهُ فضُولي، فأجاز بالقولِ؛ حنث)؛ لأنَّ الإجازة في الانتهاء كالإذنِ في الابتداءِ، على ما عُرفَ في تصرفاتِ الفضولي[١].

(وبالفعل) بأنْ بعثَ إليها مهرها، كلَّهُ أو بعضهُ (لا يحنث) هو المختار؛ لأنَّ العقود[٢] تختص بالأقوالِ، فلا يكون فعله عقداً، وإنما يكون رضًى، وشرط الحنثِ العقدُ لا الرضى.

وروي عن محمد: [أنَّه][٣] لا يحنث في الوجهينِ، وبه أفتى بعضُ المشايخ؛ لأنَّ الإجازة ليست بإنشاء العقدِ حقيقة، وإنَّما هو تنفيذ لحكم[٤] العقد بالرضا به.

(وفي) حلفه (لا يُزَوِّجُ عبْدَه، أوْ أمتَهُ، يحنثُ بالتَّوكيلِ، والإجازة)؛ لأنَّ ذلك مضاف إليه، متوقفٌ على إرادته لمِلْكه[٥] وولايته.

(وكذا)؛ أي: يحنث (في) حلفهِ لا يُزَوِّجُ (ابنهُ وبنتَه الصَّغيرينِ) لولايتهِ عليهما.

(وفي الكَبيرَينِ لا يَحنثُ إلَّا بالمَباشَرةِ)؛ لعدمِ ولايته، فهو كالأجنبي، فيَتعلقُ بحقيقةِ الفعل، [وهو مباشَرتهُ العقد][٦]، (ودخولُ اللَّامِ) كلام إضافي، مرفوعٌ بالابتداءِ، والمرادُ به: لامُ الاختصاص.

واعلم: أن اللَّام لا تخلو إما أنْ يدخلَ على فعلٍ يُملك بالعقدِ،

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٦٢/٣.
(٢) في (ج): (العقد).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (الحكم).
(٥) في (أ): (ملكه).
(٦) سقط من: (ب) و(ج).

ويجري فيه النيابة كالبيع والشِّراءِ، أوْ تدخلُ على فعلٍ لا يملك به ولا يجري فيه النيابةُ، كدخولِ الدارِ وضربِ الغلام، أوْ يدخل على عينٍ كالثوب مثلاً، فهذه ثلاثةُ أقسامٍ:

ففي القسم الأول: يكونُ اللّام لاختصاص الفعلِ بالمحلوفِ عليه، وفي الأَخِيرَين لَاختصاص العينِ بالمحلوف عليه، وقد أشارَ إلى الأوَّل بقوله: (**على البيعِ: كأنْ بعتُ لكَ ثَوباً**) [في النهاية معناه بالفارسية: (كرفروشتم أزبهر توجامئرا)[١][٢] (**يقْتَضي اختِصَاصَ الفِعلِ**) خبرُ المبتدأ[٣] (**بالمحْلُوفِ**)؛ أي: بالشخص المحلوف (**عليه**) وذلك (**بأَنْ كان**) الفعلُ (**بأمْرِهِ**)؛ أي: بأمر المَحْلوفِ عليه (**سواء كان**) الثَّوبُ (**ملكه**)؛ أي: ملك المَحْلوف عليه، (**أوْ لا**)؛ إذْ لا دخلَ له في اختصاص الفعلِ (**ومثله**)؛ أي: مثل البيعِ (**الشِّراءُ، والإجارَةُ، والصِّباغَة**) بالمهملة، ثم الموحدة التحتانية، أوِ المثناة، ثم المنقوطة[٤]، (**والبِناءُ**) ونحوها مِمَّا يصِح وقوعه لأجل الغير.

وأشار إلى القسم الثاني بقوله: (**وعلى العَينِ**)؛ أي: دخولها على العين (**كأنْ بِعتُ ثوباً لك**) [معناه بالفارسية: (أكرفروشتم جامه كه مِلْك تست)[٥] (**يقتَضي اختِصَاصَها**)؛ أي: اختصاص العين (**به**) بالمَحْلوفِ عليه (**بأنْ كان**) العين (**مُلكَه، سواءٌ أمَرهُ أوْ لا**) حتى لو قال: إنْ دخلتُ لك داراً؛ يحنث كيف ما كان.

وأشارَ إلى القسم الثالث بقوله: (**وكذا دُخُولها على الضَّربِ**)؛ أي: ضربِ الولدِ، (**والأكْلِ، والشّربِ، والدُّخولِ**) كأنْ دخلتُ لك الدار؛ أي: لأجْلكَ (**وإنْ نوى غَيرَهُ**)؛ أي: غير المقتضي بأنْ نوى بقوله: إنْ بعتُ ثوباً

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (٣/١٥٠)، والدر المختار: ٢٩٨/١.

(٣) المبتدأ هو قول الماتن (ودخول اللّام).

(٤) أي: الصياغة.

(٥) سقط من: (ج).

لك؛ يعني[١]: إنْ بعت لك ثوباً، أو بالعكس (صُدِّقَ في ما عليه)؛ أي: فيما فيه تشديدٌ على نفسه ديانةً وقضاءً، وفيما فيه تحقيقٌ، يصَدَّق ديانةً لا قضاءً؛ لأنَّه نوى ما يحتمل كلامَهُ، ولكنَّه[٢] خلاف الظاهر.

(وفي إنْ بعتُه، أوِ اشْتَريتُه، فهو حُرٌّ، فَعَقَدَ بالخيارِ)؛ أي: خيار الشرط (عُتِقَ)؛ لوجود شرطِ العتق، وهو البيعُ والشِّراء، ولقيامِ المِلْكِ عندَ وجود الشَّرط؛ لأنَّ [البيع][٣] بالخيار يمنع خروجَ المبيعِ عن مِلْكه، وكذا المشتري، مِلْكُهُ قائم عندَ وجود الشرطِ.

(وكذا لوْ عقَدَ بالفاسِدِ، أوِ المَوقُوفِ)؛ لوجودِ الشرطِ؛ إذِ البيعُ والشِّراء موجودٌ بأصله في العقدِ الفاسد، والمِلْكُ باقٍ، فيحنث، وكذا بالعقد [في العقد][٤] الموقوفِ.

(ولوْ) عقد (بالباطلِ) بأن باعهُ بالميتة، أوِ اشتراه بها (لا يُعتقُ)؛ لأنَّه معدوم بأصلهِ، فلو اشترى مدبَّراً، أوْ أمَّ ولد لا يحنث، ولوْ قضى القاضي بجوازه يحنث للحال؛ لأنَّ قضَاءه مُؤَثِّرٌ في إزالةِ المانعِ من الجواز، فيقتصَرُ على وقتِ القضاء، فيحنث حينئذٍ.

(وفي إنْ لمْ أبعه) من غير توقيتٍ، (فكذا)؛ أي: امرأتُهُ طالق مثلاً (فأعتَقَه، أو دبَّرهُ حنث)؛ لأنَّ الشَّرط، وهو عدمُ البيعِ قد تحقَّقَ؛ لوقوعِ اليأس[٥] عنه بالتحريرِ أو التدبير.

(قالت): [امرأةٌ][٦] لزوجها: (تزَوَّجتَ عليَّ) امرأةً؟

(فقال:) الزوجُ (كلُّ امرأةٍ لي طَالقٌ؛ طُلِّقَتْ هي)؛ أي: التي حَلَّفَتْهُ

---

(١) في (أ): (معنى).

(٢) في (ب) و(ج): (ولكن).

(٣) سقط من: (أ) و(ب).

(٤) سقط من: (أ) و(ب).

(٥) في (أ) و(ب): (البأس).

(٦) سقط من: (أ).

أيضاً (إِلَّا في روايةٍ عنْ أبي يُوسفَ)؛ لأنَّه أخرجه جواباً، فيطلق عليه، فكأنه قال: التي تزوجتُ عليكِ فهي طالقٌ، ولأنَّ غرضَهُ إرضَاؤُها، وهو بطلاقِ[١] غيرها، فيُقَيَّدُ به وجه الظاهر عموم الكلام، وقد زادَ على حرفِ الجوابِ، فيجعل مبتدأ.

(وإنْ نوى غَيرَها صُدِّقَ ديانةً لا قضاءً)؛ لأنّه تخصيص العام[٢].

(ومنْ قال: عليَّ المشْيُ إلى بيتِ الله، أوْ إلى الكَعبَة) سواءٌ كان فيها أوْ في غيرها (لزِمَه حَجٌّ، أوْ عمْرةٌ مشْياً)؛ أي: ماشياً[٣] استحساناً، والقياسُ: أنْ لَا يجب شيء؛ إذِ المشي ليسَ بقربةٍ مقصودةٍ، والنَّذر إنَّما يصح بالقربةِ المقصودةِ، وجه الاستحسان: أنَّه تعارف الناسُ إيجابَ الإحرام بهذه العبارةِ، فصار كما لو قال: عليَّ إحرامُ حجٍّ، أو عمرةٍ ماشياً، وبه ورد الأثر[٤].

(فإنْ رَكِب فعَليْهِ دَمٌ)؛ أي: ذبح شاة به أمر النبي ﷺ[٥].

---

(١) في (أ) و(ج): (بطلان).

(٢) أي: خصَّصَ عمومَ الكلام وهو قوله: (كلُّ امرأة لي) بنية غير زوجته التي سألت: تزوَّجتَ عليّ؟

(٣) في (أ): (مشياً).

(٤) أخرج البيهقي في السنن الكبرى من طريق الشافعي عن علي ﷺ في الرَّجل يحلف: عليه المشي، فقال: «يمشي، فإن عجز ركب وأهدى بدنة»، كتاب: النذور، باب: الهدي فيما ركب، واختلاف الروايات فيه، برقم: (٢٠١٢٧)، ١٠/١٣٩، وعبدالرزاق في مصنفه من طريق هشام بن حسان عن الحسن قال: «يمشي، فإذا انقطع مشيه ركب، وأهدى بدنة، وإن جعل عليه أن يمشي حافياً انتعل أو تخفف ويهريق دماً»، كتاب: الأيمان والنذور، باب: من نذر مشياً ثم عجز، برقم: (١٥٨٧٠)، ٨/٤٥٠، قال ابن حجر: «كلاهما منقطع».
ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ٢/٩٣.

(٥) أخرج الحاكم عن عمران بن حصين ﷺ قال: ما خطبنا رسول الله ﷺ خطبة إلَّا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة قال: وقال: «**إن من المثلة أن يخرم الرَّجل أنفه، وإن من المثلة أن ينذر أن يحج ماشياً، فمن نذر أن يحج ماشياً؛ فليهد هدياً وليركب**»، المستدرك على الصحيحين، كتاب: النذور، برقم: (٧٨٤٣)، ٤/٣٣٨، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرِّجاه».

(ولو قال: عليَّ الخُرُوجُ، أوِ الذَّهابُ إلى بيتِ الله تعالى، أوِ المشْي إلى الصَّفا أوِ المَروةِ، لا يلزَمُهُ شَيءٌ) اتفاقاً؛ لأنَّ التزام هذه الأفعالِ بهذه العباراتِ غير متعارف، ولا يمكن إيجابها باعتبار حقيقةِ اللفظ؛ لأنَّها ليست بِقُرَبٍ مقصودَةٍ.

(وكذا)؛ أي: لا يلزمهُ شيءٌ (لو قال: عليَّ المشْيُ إلى الحرَم، أوْ إلى المَسجدِ الحَرام)؛ إذْ لمْ يُتَعارَف التزام الحَرمِ بهذينِ اللفظينِ [أ/١٩٢]، فعُمِلَ بالقياسِ (خلافاً لهما)، فيلزمُهُ حجٌّ أوْ عمرةٌ مشْياً عندهما؛ إذْ كلٌّ من الحرمِ والمسجدِ شامل للبيت، فذِكْرهُ [كذِكْرِهِ][1].

(وفي) حلفه (عبْدُه حرٌّ إنْ لم يحُجَّ العام)، [وقد][2] قال: حججتُ، وأنكرَ عتقهُ، (فَشَهدا) عليه اثنان (بكَونهِ يومَ النَّحرِ بكُوفة)؛ يعني: [إذا][3] أقامَ العبد بيِّنَة على أنَّه ضحى العامَ بكوفة (لا يُعتَق) العبد عند الشيخين (خلافاً لمحمد)، فإنَّه يُعتقُ عنده؛ لأنَّهما شهدا بنحر معلومٍ، ولزم منها عدم الحج.

ولهما: إنَّ هذهِ الشهادة، إنْ اعتبرتْ على النَّحر كما هو الظَّاهر، فهي باطلٌ؛ إذْ لا مدعى للنحر، فلا يدخلُ تحت القضاءِ، وإنْ اعتبرتْ على عدم الحج؛ إذْ هو المقصودُ، فهي شهادة على النَّفي، فصار كما إذا شهدوا أنَّه لم يحجَّ العام.

غاية هذا الأمر: أنَّ هذا النفيَ مما يحيطُ علمُ الشاهد به، ولكنَّهُ لا يميز بين نفي ونفي تيسيراً[4] للأمر على القاضي، ودفعاً للحرج، كذا في الهداية[5] والكافي[6]، وغيرهما من كتب[7] الفروعِ[8]، لكنَّه

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) في (ب): (يسيراً).
(٥) الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢/٣٣٥.
(٦) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢/٥٥.
(٧) في (ج): (الكتب).
(٨) ينظر: البناية شرح الهداية: ٦/٢٣٥، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٤/٣٧٦.

مخالف لما تقرر في كتب الأصول: أنَّ النفي إذا كان محصوراً؛ أحاط به علمُ الشاهد، كان [مثل الإثبات][١].

(وفي) حلفه (لا يصُومُ، فصامَ ساعةً بنِيةٍ)، ثم أفطرَ من يومه؛ (حَنثَ)؛ لوجودِ الشرط؛ إذ الصوم: «هو الإمساك، عن[٢] المفطراتِ في النَّهار، على قصد التَّقربِ»[٣]، والشَّارعُ في الفعل يُسمَّى فاعلاً عرفاً.

(وإنْ ضَمَّ) إلى قوله: لا أصوم لفظة (صوماً، أوْ يوماً، لا)؛ أي: لا يحنث (ما لمْ يُتَمَّ يوماً)؛ لأنَّ المراد به الصومُ التَّامُّ، المعتبر شرعاً، وذلك بإتمامهِ إلى آخر اليومِ، واليومُ صريحٌ في تقدير المُدَّة به.

(وفي) حلفه (لا يُصلي؛ يَحنثُ إذا سَجدَ سَجدةً)؛ يعني: لو صلى رَكعةً؛ لأنَّ الصَّلاة عبارة عن القيامِ، والقراءةِ، والركوعِ، والسجودِ (لا قَبْله)؛ أي: لا يحنث قبلَ السجودِ، بالقيامِ، والقراءةِ، والركوعِ استحساناً، والقياس: أنْ يحنثَ بالشروعِ كما في الصَومِ، ووجههُ: أنَّها هي الأركان المختلفة، فلَمَّا لمْ يأتِ بجميعها، لا يُسمَّى صلاةً، بخلاف الصوم؛ لأنَّه ركن واحد، وهو الإمساك، ويتكرر في باقي الأجزاء.

(وإنْ ضَمَّ) بقوله: لا يصلي لفظة: (صلاةً، فبِشَفْعِ) يحنث (لا بأَقلَّ) منه، أراد بالشفع: الركعتينِ، ولا عبرة[٤] بإتيانِ القعدة؛ إذْ يراد به الصلاةُ المعتبرةُ شرعاً، وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء، وهي الركعة الواحدة[٥].

---

(١) في (أ) و(ب): (مثلاً لإثبات).
(٢) في (أ): (هو).
(٣) ينظر: العناية شرح الهداية: ١٨٦/٥.
(٤) في (أ) و(ب): (غيره).
(٥) حديث النهي عن البتيراء، عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن أبي سعيد: «أن رسول الله ﷺ نهى عن البتيراء، أن يُصلي الرَّجل واحدة يوتر بها»، فيه عثمان بن محمد والغالب عليه الوهم، فهو حديث شاذ لا يعرج عليه.
ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ٢٤٥/١٣، ونصب الراية: ١٧٢/٢.

(وفي إنْ لبسْتُ من غَزلِكِ) [ثوباً][(١)]؛ (فهو هدْيٌ) اسم لما يُهْدى إلى مكةَ للفقراءِ، (فمَلَك) القائلُ (قطْناً) بعده، (فَغَزَلَتْهُ) المرأةُ، (ونَسَجَ) ثوباً، (فلبِسَه؛ فهو هَدْيٌ) عند أبي حنيفة (خلافاً لهما)؛ لأن النَّذر لا يصح[(٢)] إلَّا في المِلْكِ، أو مضافاً إلى سبب المِلْك، والغزلُ لم يكن سبباً للمِلْك.

ولأبي حنيفة: إنَّ المرأة تغزلُ من قطنِ الرَّجل عادة.

(وإنْ لبِسَ ما غَزلَتْ من قطْنٍ في مِلْكِه وقتَ الحلْفِ؛ فهَدْيٌ بالاتفاق)؛ لإضافتِهِ إليهِ، ولأنَّ القطنَ لم يكنْ مذكوراً.

***

[استطراد بذكر حكم التحلي بخاتَم الفضة وغيره]

(خاتَم الفِضَّةِ ليْسَ بِحُلي) عرفاً ولا شرعاً، فأبيح استعماله للرجالِ، الحَلْيّ: بفتح الحاء وسكون اللام، ما يُلبسُ للزينة، وجمعه حُلِيّ ـ بضم الحاء وكسرِ اللَّام وتشديد الياء[(٣)] ـ (بخلاف خاتَم الذهب)؛ لأنَّه حُلِيّ، ولهذا لا يصح استعماله للرجال[(٤)].

(وعِقد اللُّؤلُؤ) ـ بكسر العين ـ القِلادَة (إنْ رُصِّعَ) بالذهب والفضَّة، (فَحُلِيّ) عنده، (وإلَّا فلا).

(وقالا:) هو (حُلِيّ مطْلقاً)؛ أي: رُصِّعَ أوْ لمْ يُرَصَّع، (وبه)؛ أي:

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (أ) و(ب): (تصح).
(٣) ينظر: طلبة الطلبة: ١/٧٢.
(٤) أخرج النسائي في السنن الكبرى عن ابن زرير أنه سمع علي بن أبي طالب رضي الله عنه يقول: إن نبي الله ﷺ أخذ حريراً فجعله في يمينه، وأخذ ذهباً فجعله في شماله، ثم قال: «إن هذين حرام على ذكور أمتي»، كتاب: الزينة، باب: تحريم الذهب على الرجال، برقم: (٩٣٨٢)، ٨/٣٥٧.

بقولهما (يُفتى)؛ لأنَّه حُلِيّ حقيقةً، حتى سُمِّيَ به في القرآن[١].

وله: إنَّه لا يُتَحَلَّى به عادة، إلَّا مُرَصَّعاً، ومبنى الأيمان على العُرفِ لا على ما في القرآن.

[وقيل: هذا اختلاف عصرٍ وزمان، فالنَّاس في عصره [لا][٢] يَتَحَلَّونَ باللآلئ غير مرصَّعة، فأفتى بما عاينَ في زمانهِ، وفي عصرهما يُتَحَلَّونَ بها غير مرَصَّعة، فأفتيا بما عايناه][٣]، والتقييد[٤] باللُّؤلُؤ اتفاقيّ أوْ أكثري؛ لأنَّ عقد الزَّبَرْجَد، أوِ الزُّمُرد غير مرَصَّعين على هذا الخلاف.

(وفي) حلفه (لا يَجلِسُ على الأرضِ، فجَلَسَ على بِسَاطٍ، أوْ حَصِيرٍ) فوقها (لا يحنث)؛ لأنَّه لا يُعَد جالساً عليها.

(وإنْ حال بَينَها)؛ أي: بين الأرض (وبينَه)؛ أي: الحالف (ثِيابهُ)، و[هو][٥] لابسهُ (حنث)؛ لأنَّه تبع له، فلا يُعتبر حائلاً، ولو نزعهُ فطرحهُ، وجلس عليه؛ لا يحنث.

(وفي لا ينامُ على هذا الفراشِ، فجُعِلَ فوقهُ فراشٌ آخرَ، فنام عليه)؛ أي: على فراشٍ آخر فوقه؛ (لا يحنث)؛ لأنَّه لا يُعَد نائماً على الفراشِ الأسفل عرفاً.

وعن أبي يوسف: إنه يحنث.

---

(١) في قوله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [فاطر: ١٢]؛ أي: اللؤلؤ والمرجان، فأطلق عليهما لفظ الحلية.
ينظر: معاني القرآن وإعرابه: ٢٦٦/٤، ومدارك التنزيل وحقائق التأويل: ٨١/٣.

(٢) سقط من: (ب).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) التقييد نوعان:
الأول احترازي: يخرج به بعض الأمور.
الثاني اتفاقي: لا يخرج به شيء.

(٥) سقط من: (ج).

(وإنْ جُعلَ فوقَهُ قِرام) بكسر القاف: السِّتر الرَّقيق من الكِرْباس[(١)]، [يبسط على فراشه][(٢)] (يحنث)؛ لأنَّه تبعٌ للفراش، فيعد نائماً عليه.

(وفي لا يَجْلِسُ على هذا السَّريرِ، إنْ جعلَ فوقَه سَريراً) آخر، (فجَلَسَ) [الحالف][(٣)] عليه؛ (لا يحنث)؛ إذْ هو غير ذلك.

(وإنْ جُعِلَ فَوقَهُ بِساطٌ، أوْ حَصيرٌ؛ حنث)؛ لأنَّه يُعد جالساً عليه، والجلوسُ على السَّريرِ في العادة كذلك، وعلى هذا الاعتبار السَّطح والدُّكَّان.

❊ ❊ ❊

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك

والأصل فيه أنَّ ما شاركَ المَيِّتُ فيه الحيَّ، فاليمينُ وقعت على الحالين، وما اختصَّ به يختصُّ بالحياة، فلذا قال: (الضَّربُ، والكِسْوةُ، والكَلامُ، والدُّخولُ يختصُّ فِعلها)؛ أي: المذكورات (بالحَيِّ)؛ يعني: لو قال: إنْ ضَربتُكَ، أو كَسَوتكَ، أو كلَّمْتكَ، أو دخَلتُ عليكَ، يتقيَّدُ[(٤)] بالحياة، (فلا يَحنثُ مَنْ قال: إنْ ضَربتُه، أوْ كَسَوتُهُ، أو كلَّمْتُه، أوْ دخَلتُ عليه بفعلها)؛ أي: بفعلِ الحالفِ هذه الأفعال (بَعدَ موته)؛ لأنَّ الضَّربَ اسم لفعلٍ مُؤلم يتصلُ بالبدن[(٥)]، وذا لا يَتحققُ في الميِّت، ومن يعذبُ في القبرِ يوضَعُ فيه الحياةُ في قولِ العامة[(٦)]، وكذلكَ الكِسوة، يرادُ به التمليكُ

---

(١) الكرباس: فارسي معرب، والجمع كرابيس، وهي ثياب خشنة. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٩٧٠/٣.
(٢) في (أ) و(ب): (بسط على فراش).
(٣) سقط من: (ب) و(ج).
(٤) في (أ): (يقيد).
(٥) في (ب): (باليدين).
(٦) ينظر: شرح العقائد النسفية: ١٢٨/١.

عندَ الإطلاق، ومنه الكسوة [في][١] الكَفَّارة، وهو من الميِّت لا يتحقق إلَّا أنْ ينويَ به الستر، والمقصودُ من الكلامِ الإفهام، والموتُ ينافيه، والمرادُ من الدخولِ عليه: زيارتُهُ، وبعد الموتِ يُزارُ قبرهُ لا هو.

(**بخِلافِ الغُسلِ، والحَمْلِ، والمَسِّ**)؛ إذْ يحنثُ في هذهِ الأشياء؛ لتحقُّقِها في الميت.

ومَنْ حلف (**لا يَضْرِبها، فمَدَّ شَعَرَها، أوْ خَنَقها، أوْ عَضَّها حنث**)؛ لتحققِ الإيلامِ بهذه الأفعال.

وقال الشافعي: لا يحنثُ[٢]، وبه قالَ بعضُ مشايخنا، ثم قالوا: هذا إذا كانتِ الأفعالُ في حال الغَضبِ، ولو كانت [في حال المُلاعبةِ لا يحنث؛ إذْ حينَئِذٍ تُسمَّى مُمَازحةً لا ضرباً][٣].

حلفَ (**لَيَضْرِبَنَّه حتى يمُوت**[٤]، **فهوَ**) محمولٌ (**على أشَدِّ الضربِ**) المرادُ في[٥] العُرف.

حلف (**لَيقْضِيَنَّ دَيْنَه قريباً، فما دونَ الشَّهرِ قَريبٌ، والشَّهرُ**) وما زادَ عليه (**بعيدٌ**) عُرفاً، فلهذا[٦] يقالُ عند بعدِ العهد: ما لقيتُكَ منذُ شهرٍ.

حلف (**لَيقْضِيَنَّه**)؛ أي: الدَّيْن (**اليومَ، فقضَاهُ**) فيه، ثمَّ وجد الدَّيْن [أ/١٩٣] (**زُيُوفاً**) جمع زيف: وهو الذي خُلِطَ به نحاسٌ وأكثره فِضَّة، ففاتتِ صفةُ الجودةِ، ولم يخرج من اسم الدراهم[٧].

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي: ١٠٨/٣، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: ٥٥١/١٠.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) هذه العبارة مستعملة حتى في زماننا، فإن الأب يقول لابنه أحياناً (إلا أقتلك)، والمقصود: الضرب الشديد.

(٥) في (أ) و(ب): (بالعُرف).

(٦) في (ب) و(ج): (ولهذا).

(٧) ينظر: طلبة الطلبة: ١٠٩/١.

(أو نَبَهْرَجة) لفظٌ عجميٌّ معربٌ، أصلهُ نَبْهَرة، غِشُّه أكثرُ من فضَّة، فيكونُ أردى من الزيف[١].

(أو مُسْتحَقَّة) بفتح الحاء؛ أي: استحقها الصاحبُ على الدائِنِ (أَوْ باعَهُ)؛ أي: المديون الدائن (به)؛ أي: بدينهِ (شَيئاً، وقَبَضَهُ)؛ أي: الدائنُ ذلك الشيءَ (بَرَّ) في يمينهِ؛ أي: لم يحنثِ الحالفُ؛ لأنَّ الزِّيَافة عيبٌ، والعيبُ لا يَعدمُ الجنسَ، ولهذا لو تَجوزَ[٢] به؛ صار مستوفياً، فوُجدَ شرطُ البِرِّ، وقبضُ المستحَقَّة[٣] صحيحٌ، ولا يرتفع بردِّه البر المتَحقِّق[٤]، وبالبيع وقَعت المقابضة بينَ الدَّينِ وبين الثمنِ، وصارَ الثمنُ قضاءً للدَّين.

(ولوْ) قضاه (رصَاصاً، أوْ سَتُوقةً) بالفتح معربة بالفارسيةِ: (سه طاقة)؛ يعني: وجهُ هذه الدراهم فِضَّة، وحشوها صفر، فتكون[٥] أردى من النَّبَهْرَجة[٦].

(أوْ وهَبهُ)؛ أي: وهبَ الدائنُ، الدَّينَ للمديونِ، [أو وهبَ الحالفُ المديونُ][٧] الدراهم للدائنِ مجَّاناً، لا عوضاً عنْ دَينهِ، (أوْ أبرأه منهُ؛ لا يَبَرُّ)؛ لأنَّ الرصاصَ، والستوقة، ليسا من جنسِ الدَّراهمِ، حتى لا يجوزُ [التجوز][٨] بهِما إلا برِضاءِ الآخرِ، بطريقِ الاستبْدَال، وفي الهبةِ والإبراءِ لم توجد[٩] المقاصَّة؛ لأنَّ القضاءَ فعله، والهبةُ والإبراءُ، إسقاط من صاحبِ الدَّين.

ولو حلف (لا يقْبِضُ دَينَه درهَماً دونَ درهم) معناه بالفارسية: (تكِرم

(١) ينظر: رد المحتار على الدر المختار: ٨٣٩/٣.
(٢) في (ج): (تزوج).
(٣) في (أ) و(ب): (المستحق).
(٤) في (ج): (للتحقق).
(٥) في (ب) و(ج): (فيكون).
(٦) طلبة الطلبة: ١٠٩/١.
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (أ).
(٩) في (أ) و(ب): (يوجد).

ورمى بي يعني همه بيكبار كيرم) **(لا يحَنَث بقَبْض بَعضِهِ)**؛ أي: بعض الدَّينِ **(ما لمْ يَقبِض كلَّهُ متَفَرِّقاً)** بتفرق اختياري، بأَنْ قبضَ بعضَهُ في أوَّلِ النَّهارِ، وبعضهُ في آخرِهِ؛ لأنَّ الشَّرطَ قبض الكُل، لكنَّهُ بوصفِ التفَرق، أَلَا يُرَى أنهُ أضاف القبضَ إلى دَينٍ معرف بالإضافةِ إليه، فينصَرِف إلى كله، فلا يحنث إلّا به.

(وإنْ فرَّقَه)؛ أي: القبض **(بعَمل)** آخرَ **(ضَروري، كالوَزنِ لا يحنَث)**؛ إذْ ليسَ ذلكَ بتفريق؛ لأنَّه قد يتعَذَّر قبضُ الكلِ دفعةً واحدةً عادةً، فيصيرُ هذا القدر مستثنى عنه، ما لم يتَشَاغل بعمل آخرَ في أثنائه خلافاً لزفر.

ومن حلفَ **(إنْ كانَ لي)** مالٌ **(إلَّا مئةَ)** درهم، فكذا **(أوْ)** قال: **(غيرَ مئةِ)** درهم **(أوْ سِوى مئةِ)** درهم **(لا يَحنثُ بها)**؛ أي: بالمئة **(أوْ بأقلَّ منها)** فسواء [أنْ][1] يَملكَها تمامها، أو بَعضَها؛ لأنَّ المقصودَ منه عُرفاً نفي ما زادَ على مئة، ولأنَّ استثناءَ المئة استثناؤها لجميع أجزائها.

(لا يفعَلُ كذا تَركَه أبداً)؛ لأنَّه يعني إذا قال: والله لا أفعل كذا، وجبَ أنْ لا يفعلهُ أبداً؛ لأنَّه في المعنى نكِرَة في سياقِ النفي، فيتَناولُ فرداً شائعاً في جنسه، فيعمُّ الجنسَ.

(وفي) حلفه **(ليَفْعَلَنَّه يكفي فِعلَه مَرَّة)**؛ لأنَّه نكرة في سياق الإثباتِ، فيتناولُ فعلاً واحداً.

(حَلَّفَه) بتشديد اللَّام **(والٍ)** هو مُتَوَلِّي بلدةٍ **(ليعَلَمَنَّه)**؛ أي: المحلف الوالي **(بكلِّ داعِر)** بالدال المهملة؛ أي: مفسد **(تقَيَّد)** حلفه **(بحالِ ولايتِهِ)**؛ أي: ولاية الوالي [المحلف][2] خاصَّة؛ لأنَّ المقصودَ منه دفع شرهِ بزجرهِ، فلا يفيدُ فائدتهُ بعدَ زوال سلطنته، والزوالُ بالموتِ، وكذا بالعزلِ في ظاهر الرواية.

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) سقط من: (ج).

وعن أبي يوسف: إنه يجبُ الدفعُ إليه بعد العزل.

حلف (لَيَهَبَنَّه، فوَهَبَ، ولمْ يَقْبَل؛ بَرَّ) في يمينه إجماعاً.

(وكذا القرض) إلَّا في رواية (والعارية، والصدقة) والوصية، والإقرار (بخلاف البيع) كما لو حلف ببيع عبده من فلان، فقال له: بعت عبدي منك، فلم يقبل؛ لم يبر، ونظيره الإجارة، والصرف، والسَّلَم، والرهن، والنكاح، والخلع، وهذا؛ لأنَّ الهبة ونظائرها تبرع، فيتم بالتبرع، ولأنَّ[(١)] المقصود إظهار السماحة، وذلك يتم به بخلاف البيع ونحوه؛ لأنَّه معاوضة، فاقتضى العوض[(٢)] من الجانبين.

حلف (لا يشَمَّ رِيْحَاناً، فهو) يطلق (على ما) له رائحةٌ طَيِّبةٌ (لا ساق له) لغةً وعرفاً، (فلا يحنث بشَمِّ الورد والياسمين)؛ إذْ لهما ساق، فلا يشملهما الريحان.

وفي النهاية: الريحان: كل نبات طاب رائحته[(٣)].

وعند الفقهاء: ما طَابَ رَائِحَةُ[(٤)(٥)] ساقِهِ كَوَرَقِهِ كالآسِ.

والورد:[(٦)] ما طابَ رَائِحَةُ وَرَقِهِ فَحَسْبُ كالياسمين[(٧)].

(وقيل: يحنث) لم أظفر قائله.

حلف (لا يَشَمَّ ورداً، أو بنفسجاً) ولا نية له؛ (فهو) [يقع][(٨)] (على ورقه) والعبرة فيه عرف.

---

(١) في (ج): (لأن).

(٢) في (ج): (العوضين).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٦١/٣.

(٤) في (ج): (رائحته).

(٥) في (ج): (وله) ولعلها زائدة. ينظر: المغرب: ٢٠١/١.

(٦) في (أ): (و) ونظنها زائدة.

(٧) ينظر: المغرب: ٢٠١/١.

(٨) سقط من: (ج).

[قال في الهداية على وفق ما في أصول الجامع الصغير(١): «ومن حلف لا يشتري بنفسجاً، ولا نِيَّة له، فهو على دُهْنِه اعتباراً للعرف؛ يعني: عرف أهل الكوفة، ولهذا يُسمَّى بائعه بائع البنفسج، والشراء ينتهي عليه.

وإنْ حلف على الورد، فاليمين على الورق؛ لأنَّه حقيقته فيه، والعُرف مُقَرِّرٌ له، وفي البنفسج قاض عليه»(٢)؛ أي: راجح على الحقيقة.

وذكر الكرخِيُّ في مختصره(٣): أنَّه لو اشترى الورق؛ يعني: فيما إذا حلف لا يشتري بنفسجاً؛ يحنث أيضاً(٤).

قال في التبيين: «وهذا شيء مبني على العرف، وفي عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يُسمَّى بائع البنفسج، وإنَّما يُسمَّى(٥) بائع الدهن، فبنى الجواب في الكتاب على ذلك، ثم شاهد الكرخيُّ بالعراق، عرف أهل بغداد أنَّهم يُسمُّون بائع [الورق بائع](٦) البنفسج أيضاً، فقال: يحنث به»](٧)(٨).

حلف (لا يَدْخل دارَ فلان، تناول المِلْكَ، والإجارَة)، والإعارة؛ لأنَّ المراد به: المسكن عُرفاً، فدخل ما يسكنه بأي سبب كان باعتبار عموم المجاز، لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: ٢٧٥/١.
(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٣٨/٢.
(٣) مختصر الكرخي، في فروع الحنفية، للإمام أبي الحسين عبد الله بن الحسين الكرخي، من الكتب المعتمدة في المذهب، شرحه أحمد بن محمد القدوري، وأحمد بن علي الجصاص.
ينظر: كشف الظنون: ١٦٣٤/٢.
(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٦٢/٣.
(٥) في (أ): (سمى).
(٦) سقط من: (أ) و(ج).
(٧) من قوله: (قال في الهداية) إلى قوله: (يحنث به) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٦٢/٣.

وقال الشافعي: الدار تتناول دار المِلْك[١].

(**حَلَفَ أنَّه لا مال له، وَ**) قد كان (**له**)؛ أي: للحالف (**دَيْنٌ على مفَلَّس**) بالتشديد: وهو رَجل حكم القاضي على إفلاسه، (**أوْ مَلِيء**)؛ أي: غني (**لا يحنث**)؛ لأنَّ الدَّيْن ليس بمال، وإنَّما هو وصف في الذِّمة لا يُتَصَوَّر قبضه حقيقة.

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: المجموع شرح المهذب: ١٨/٥٠، والتنبيه في الفقه الشافعي: ١/١٩٥.

كتاب الحدود

المناسبة بين الكتابين، أنَّ الحدود سبب الامتناع كما أنَّ الأيمان سبب له.

❊ ❊ ❊

[تعريف الحد لغة واصطلاحاً]

(الحَدُّ) لغة: المنع، ومنه سُمِّي البواب حداداً؛ لمنعه الناس عن الدخول[(١)].

وشرعاً: (عقوبةٌ مقدَّرةٌ) خرج به التعزير؛ إذْ لا تقدير فيه؛ أي: ليس له قَدْر معين بل هو مفوضٌ إلى رأي الحاكم.

(تجب) على الإمام إقامتها (حقّاً لله تعالى)، فإنَّ القصد الأصلي مِنْ شرعه الانزجار مِمَّا يتضرر به العباد، خرج به القصاص؛ لأنَّ الغالب فيه حق العبد، والعبرة للغالب، لا يُشْكِل هذا بحد القذف؛ لأنَّ الغالب فيه حق الله تعالى، وما فيه من حق العبد، فهو في حكم التبع؛ فلهذا إذا عفا عنه المقذوف بعدما قضى القاضي به لا يسقط الحد [أ/١٩٤].

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٤٦٢/٢، ومعجم مقاييس اللغة: ٣/٢.

قوله حقاً: منصوب بقوله: (تجب).

لا بمُقَدَّر (فلا يُسَمَّى تعزير ولا قصاص حدّاً)؛ لما بينا[١].

❁ ❁ ❁

[تعريف الزنا لغة واصطلاحاً]

(والزِّنا)؛ يعني: المُوجِب للحد، وهو بالمد لغة لأهل نَجِد، وبالقصر لأهل الحجاز[٢].

اصطلاحاً: (وطء) رَجل (مكَلَّف) امرأةً، خرج به وطء المجنون والصبي؛ لأنَّ فعلهما لا يوصف بالحرمة، والوطء يتناول الإيلاج المجَرَّد عَنِ الإنزال، فإنَّه ليس بشرط ههنا، كما في الجنابة.

(في قُبُل) مشتهاة، آثر القُبُل على الفَرْج؛ لاختصاصه بالإنسان، بخلاف الفَرْج.

(خال عَنْ مِلْك) أعَمُّ من مِلْك النكاح ومِلْك اليمين.

(وشبهته)؛ أي: شبهة المِلْك كما في معتَدَّة البائن وجارية الولد، ونحوهما كما سيجيء.

❁ ❁ ❁

[بِمَ يثبت الزنا]؟

(ويثبت)؛ أي: الزنا عند الحاكم، على الرَّجل والمرأة (بِشهادةِ أربعةِ

---

(١) حيث ذكر في تعريف الحد: عقوبة مقدرة، خرج به التعزير، وبقوله: حقاً لله تعالى، خرج به القصاص.

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٦/٢٣٦٨.

رِجال)؛ لقوله[١] تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ﴾ [النساء: ١٥]، فلا يثبت بشهادة النساء، ولا بعلم القاضي، وفي اشتراط الزيادة دلالةٌ على أوْلَوِية السَّتر؛ إذْ وقوف الأربعة بهذه الفاحشة نادرٌ (مجْتَمعين) في مجلسٍ واحدٍ، حتى لو جاؤوا متفرقين، لا تُقْبلُ شهادتهم، ويُحَدُّون حد القذف.

وقال الشافعي: تصح شهادتهم متفرقين، كما في سائر الحقوق[٢].

ولنا: قول عمر رضي الله عنه: «لو جاؤوا مثل ربيعة ومُضَر فرادى لجلدتهم»[٣].

وإنْ كان أحدهم الزوج تُقْبل خلافاً للشافعي[٤].

(بالزنا) متعلق بالشهادة؛ أي: بشهادةٍ ملتبسة بلفظ الزنا؛ لأنَّه هو الدَّال على فعل الحرام، أوْ ما يفيد[٥] معناه.

(لا بالوطءِ، أوِ الجماع)؛ لأنَّه قد يكون بغير الزنا، فلا يفيد فائدته.

(إذا سألهم الإمام) أو القاضي بعد شهادتهم كذلك (عَنْ ماهِيَّة الزنا، وكيفِيَّتِه، وبِمَنْ زنى، وأين زنى) بقوله: ما هو؟ والمراد به السؤال عن الذَّات، وهو إدخال الفَرْج في الفَرْج؛ لأنَّ الزنا قد يُطْلق على كل وطء حرام، وعلى غير الوطء، كما في قوله ﷺ: «العَيْنان تزنيان»[٦]، والمراد

---

(١) في (أ) و(ب): (بقوله).

(٢) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٣٢٦/١٣.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤٨/٧، والمبسوط، للسرخسي: ٩٠/٩، وتبيين الحقائق: ١٦٥/٣.

(٤) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٣٢٨/١٣، والمجموع شرح المهذب: ٢٥٣/٢٠.

(٥) في (أ) و(ب): (يفيده).

(٦) أخرجه مسلم عن أبي هريرة بلفظ: «فالعينان زناهما النظر...»، كتاب: القدر، باب: قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره، برقم: (٢٦٥٧)، ٢٠٤٧/٤، وأحمد في مسنده، برقم: (٨٥٢٦)، ٢١٠/١٤.

به، النَّظر على وجه، وكيفيته، لاحتمال أنَّه زنى مُكْرهاً، ويمين زنا لاحتمال أنْ تكون[١] امرأته، أوْ أمته، أوْ يكون له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود، كوطء جارية ابنه، وابن زنى، لاحتمال أنْ يكون الزنا في دار الحرب، أو دار البغي، أو في عسكر أهل البغي؛ لأنَّ الزنا فيما لا يدخل تحت ولاية الإمام لا يوجب الحَدَّ.

(ومتى زنى) لاحتمال أنْ يكون في زمن الصبا، أو الجنون، أو في زمان متقادم، فإنَّ الشَّهادة بالتقادم تمنع الحَدَّ، إذا لم يكن التأخير لعذر، بخلاف الإقرار كما ستعرف.

ومدة التقادم شهر في الأَصَحِّ[٢].

(فبَيَّنُوه)؛ أي: الشهود على الوجه المشروع، (وقالوا: رأيناهُ وَطِئها في فرجها، كالمِيلِ في المُكْحُلة) بضَمِّ الميم والحاء: وعاء الكحل[٣] (وعُدِّلُوا) على صيغة المجهول؛ أي: الشهود تعديلاً (سرّاً وعلانية)؛ أي: في السِّرِ والعلانية، فلا يكتفى[٤] بظاهر العدالة، بخلاف سائر الحقوق احتيالاً للدرء.

(أوْ بالإقرار)؛ أي: بإقرار الزاني عندَ الإمام بصريح لفظه، عطف على قوله: (بشهادةِ أربعة [رجال][٥]) حال كونه (عاقلاً، بالغاً) اشترط العقلَ والبلوغ؛ إذْ لا اعتبار لقول المجنونِ والصبي، خصوصاً في وجوب الحد.

لا الإسلام؛ لأنَّ الذِّمِيَّ يُحَدُّ بإقراره عندنا خلافاً لمالك[٦].

(١) في (ب) و(ج): (يكون).
(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٥٠/٢.
(٣) المغرب: ٤٠٢/١.
(٤) في (ب) و(ج): (يكفي).
(٥) سقط من: (أ) و(ب).
(٦) ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل: ٣٩٥/٨.

ولا الحرية؛ لأنَّ إقرار العبد بالزنا يوجب الحَدَّ عليه مأذوناً كان أو محجوراً[١]، خلافاً لزفر.

(أربع مرات) عندنا.

وعند الشافعي: يحد بالإقرار مرَّة، كما في سائر الحقوق[٢].

ولنا: ما روي أنه ﷺ أَخَّر إقامة الحد على ماعز[٣]، إلى أنْ تم إقراره أربع مرات[٤].

(في أربعة مجالس)، فلو ظهر دونها؛ لما أخرها؛ لثبوت الوجوب، ولأنَّ الشَّهادَة فيه اختصت بزيادة العدد في أربعة مجالس المُقرِّ لا الحاكم، خلافاً لابن أبي ليلى[٥]، فإنَّ عنده يقام الحد بالإقرار أربعاً، ولو في مجلس واحد، اعتباراً للإقرار بالشهادة[٦].

(كلَّمَا أقرَّ ردَّهُ) الإمام، فيه تسامح؛ لأنَّه يدل على أنَّ الإمام يردُّه أربع مرات، وليس كذلك، بل يردُّه ثلاث مرات، فلا يرده في إقراره في

---

(١) في (ج): (مهجوراً).

(٢) ينظر: إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: ١٦٨/٤، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٤٣٠/٧.

(٣) ماعز بن مالك الأسلمي، من أصحاب رسول الله ﷺ، معدود في المدنيين، كتب له رسول الله ﷺ كتاباً بإسلام قومه، وهو الذي أصاب الذَّنْب، ثم ندم، فأتى رسول الله ﷺ، فاعترف عنده، وكان محصناً، فأمر به رسول الله ﷺ فرجم، وقال: «لقد تاب توبة لو تابها طائفة من أمتي لأجزت عنهم».
ينظر: الطبقات الكبرى: ٣٢٤/٤، وأسد الغابة في معرفة الصحابة، للشيباني: ٦/٥.

(٤) أخرجه البخاري عن أبي هريرة ﷺ قال: (أتى... فلما شهد على نفسه أربع شهادات، دعاه رسول الله ﷺ....)، كتاب: الحدود، باب: سؤال الإمام المقر هل أحصنت؟، برقم: (٦٨٢٥)، ١٦٧/٨، ومسلم في كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، برقم: (١٦٩١)، ١٣١٨/٣.

(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٠٧٧.

(٦) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ٩١/٩.

الرابعة، بل يَقْبله (حتى يغيبَ عَنْ بَصَره)، وذلك بأنْ يذهب عنِ[1] المجلس بحيث لا يراه الإمام، ثم يجيء فيُقِرّ.

(ثمَّ سأل) الإمام عنِ الأمور الخمسة (كما مَرَّ)؛ أي: على الوجه المذكور[2] (سوى الزمان)؛ لأنَّ تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار، والصحيح: أنَّه[3] يسأله؛ لاحتمال أنَّه زنى في صباه، فالأولى أنْ يستثني سؤال المَزنية[4]؛ لأنَّ جهلها لا يمنع وجوب الحَدِّ.

ولا تُقْبل الشهادة عليه بالإقرار؛ لأنَّه إنْ كان مُنْكِراً فقد رجع، وإنْ كان مُقِرّاً لا تعتبر الشهادة، فلا يُعْتبر إقراره عند غير القاضي مِمَّن لا ولاية له في إقامة الحدود.

(فبيَّنَه)؛ أي: بيَّن المُقِرُّ ما سأله الإمام حَدَّه[5]؛ لظهور الحق.

(ونُدِبَ)؛ أي: حُبِّبَ للإمام (تلقينه) الإضافة إلى الفاعل[6]، أو إلى المفعول[7]؛ (ليرجع) المُقِرُّ عن إقراره (بلَعَلَّك قبَّلْتَ، أوْ لمَسْتَ، أوْ وَطِئْت بِشُبْهة) أوْ تزوجتها؛ لقوله ﷺ لماعز: «لعلك لمستها أو قبلتها»[8]، فلو ادعى الزاني أنَّها زوجته، سَقَط الحد عنه، وإنْ كانت زوجةً للغير،

(١) في (ب) و(ج): (من).
(٢) أي: كيف زنى؟ وأين زنى؟ وبمن زنى؟
(٣) في (ج): (أن).
(٤) في (أ) و(ب): (المزينة).
(٥) في (أ): (جده).
(٦) أي: تلقين الإمام للزاني.
(٧) أي: تلقين الزاني.
(٨) أخرج البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه قال: لما أتى ماعز بن مالك النبي ﷺ قال له: «لعلك قَبَّلت، أو غمزت، أو نظرت» قال: لا يا رسول الله، قال: «أَنِكْتَها» لا يَكْنِي، قال: فعند ذلك أمر برجمه، كتاب: الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت؟ برقم: (٦٨٢٤)، ١٦٨/٨، وأبو داود في سننه، برقم: (٤٤٢٧)، ١٤٧/٤.

ولا يُكَلَّف إقامةَ البيِّنَة للشبهة، كما لو ادعى السارق أنَّ العين مملوكة له، سقط [القطع][١] بمجرد دعواه.

(فإنْ رجع) المُقِرُّ عن إقراره (قَبْلَ) إقامة (الحَدِّ) عليه، (أوْ) رجع (في أثْنائه)؛ أي: الحد (تُرِك)؛ لأنَّ رجوعه خبرٌ مُحتَمِل للصدق، فيندرئ هذا الحَدُّ بهذه الشبهة، خلافاً للشافعي وابن أبي ليلى، فإنَّ عندهما لا يترك، بل يقام عليه الحد؛ لأنَّه وجب بإقراره، فلا يبطل بإنكاره، كما في القصاص وحَدِّ القذف[٢].

❊ ❊ ❊

[أنواع الحدود]

(والحد) نوعان:

أحدهما: (للمُحصَن).

[وثانيهما: لغير المحصن][٣]، وهو (رجْمُه) لمْ يقل بالحجارة؛ لأنَّه معتبر في مفهوم الرجم (في فضاء)؛ أي: في مكان واسع (حتى يموت)، وقد ثبت ذلك بالحديث[٤]، وعليه انعقد إجماع الصحابة[٥].

(يبدأ به)؛ أي: بالرجم (الشُّهودُ)، وعند الشافعي: لا يُشْترط بدايتهم[٦]، وهو رواية عن أبي يوسف.

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) وهو قول عند الشافعي، والقول الثاني عند الشافعية موافق للحنفية في هذه المسألة، أما ابن أبي ليلى فهو يخالف الحنفية.
ينظر: المجموع شرح المهذب: ٤٩/٢٠، والمعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة: ٤٢٢/٢.

(٣) سقط من: (أ) و(ب).

(٤) أي: في قصة الصحابي ماعز.

(٥) ينظر: مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات: ١٢٩/١.

(٦) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب: ١٨٥/١٧.

(فإنْ أَبَوْا) عنِ البداية به كُلّاً أوْ بعضاً، ولو قال: فإنْ أبى، مكان أبوا، لكان أولى [منه][١]؛ إذْ يكفي في سقوطه إباء واحد منهم، (أوْ غابوا، أوْ ماتوا) كذلك، أوْ جُنَّ بعضٌ، أوْ صار أعمى، أوْ أخرس، أوْ ارتد، أوْ حُدَّ في قذف؛ (سقَطَ) الرجم عنه؛ لأنَّ إبائهم[٢] عن الرجم دليل الرجوع، وفي الغِيبَة يفوت الشرط، وهو حضورهم للابتداء.

(ثُمَّ) يبدأ (الإمام) [بالرَّجم][٣] هذا ليس حتماً، كيف وحضوره ليس بلازم، (ثُمَّ النَّاس، وفي المُقِرِّ يبدأُ الإمامُ، ثُمَّ النَّاس) كذا روي [عن][٤] علي ﷺ في جواهر الفقه[٥][٦].

وعن محمد: إنَّ الشهود إذا لَمْ يقدروا على الرَّجمِ، لمرض، أوْ عَدَمِ اليد، يبدأ[٧] الإمام، ثُمَّ الناس.

[وفي رَجْمِ المُقِرِّ بالزنا يبدأُ الإمام، ثُمَّ الناس][٨] كذا روي عنْ علي ﷺ[٩].

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).

(٢) في (أ): (إباهم).

(٣) سقط من: (أ) و(ب).

(٤) سقط من: (أ).

(٥) جواهر الفقه، للإمام نظام الدين بن برهان الدين المرغيناني الحنفي ابن صاحب الهداية، ذكر أنه جمع المسائل المذكورة في مختصرات أصحابنا، كمختصر الطحاوي، والجصاص، وخزانة الفقه، ورتبها على ترتيب الهداية.
ينظر: كشف الظنون: ٦١٥/١.

(٦) ينظر: مختصر اختلاف العلماء، للطحاوي: ٢٨٤/٣ ـ ٢٨٥.

(٧) في (ب) و(ج): (يرمي).

(٨) سقط من (أ) و(ب).

(٩) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى: «أن علياً كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا، ثم رجم هو، ثم رجم الناس، وإذا كان إقراراً، بدأ هو، فرجم، ثم رجم الناس»، كتاب: الحدود، باب: فيمن يبدأ بالرجم، برقم: (٢٨٨١٧)، ٥٤٤/٥.

ورمى [أ/١٩٥] ﷺ الغامدية[١] بحصاة مثل الحمصة، ثُمَّ قال: «ارموا»، وكانت قد اعترفت بالزنا[٢]، وفي العطف على فاعل، هذا أدنى تساهل، والأحْسَن أنْ يقول: ثُمَّ يرجم الناس[٣].

وإذا مات المرجومُ (يُغسَّل)، ويُكَفَّنُ، (ويُصَلَّى عليه)؛ لقوله ﷺ في ماعز: «اصنَعوا به كما تَصْنعون بموتاكم»[٤]؛ ولأنَّه قُتِلَ بحق، فلا يَسقطُ الغُسْل كالمقتول قصاصاً، وصلى النبي ﷺ على الغامدية بعدما رُجِمَت.

وذَكرَ النوع الثاني مِنْ حدِّ الزنا بقوله[٥]: (ولغير المُحْصَن جلدُهُ)؛ أي: غير المحصن مئةً إنْ كان حراً مطلقاً، سواء كان رَجلاً أو امرأةً، [وفي بعض النسخ: جلدة (مئة)][٦]؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ

---

(١) الصحابية الجليلة، اسمها سبيعة، وقيل: أبية، أتت رسول الله ﷺ، وأقرت بذنبها، وكانت حبلى، فردها حتى وضعت، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت، فرماها خالد بحجر، فنضح الدم على وجهه، فسبها، فقال رسول الله ﷺ: «مه! فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له».
ينظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة: ٤٢٥/٧، وتهذيب الأسماء واللغات، للنووي: ٣٦٧/٢.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه عن عمران بن حصين، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم: (١٦٩٦)، ١٣٢٤/٣، وأبو داود في سننه عن أبي بكرة، كتاب: الحدود، باب: المرأة التي أمر النبي ﷺ يرجمها من جهينة، برقم: (٤٤٤٤)، ١٥٢/٤، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب: الرجم، باب: الحفرة للمرأة إلى ثندوتها، برقم: (٧١٥٨)، ٤٣١/٦.

(٣) عبارة المتن هكذا: ويبدأ الشهود، ثم الإمام، ثم الناس.
وجه التساهل: أن البداية متحققة برجم الشهود أولاً، وغير متحققة برجم الإمام والناس؛ لأن رجمهم حينئذ يكون ثانياً لا أولاً، فالأحسن أن يقول: ويبدأ الشهود، ثم يرجم الإمام، ثم الناس.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن علقمة بن مرثد عن أبيه، كتاب: الجنائز، باب: في المرجومة تغسل أم لا؟ برقم: (١١٠١٤)، ٤٥٩/٢، في سنده أبو حنيفة، والباقون من رجال الصحيح.
ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ٩٧/٢.

(٥) في (أ): (فبقوله).

(٦) سقط من: (ج).

وَاحِدٍ﴾ [النور: ٢]، لكنَّه نُسِخَ في حقِّ المحصنِ، فبقيَ في حقِّ غيره معمولاً به بفعله ﷺ[١]، فيكونُ منْ نسخ الكتاب بالسُّنَّة القطعِيَّة[٢].

(وللعبدِ نِصْفُها) وهو خمسون؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ﴾ [النساء: ٢٥]، والمرادُ به: الجلد[٣]؛ لأنَّ الرجم لا يُتَنَصَّف [فإذا ثبت التَّنَصُّف][٤] في الإيماء لمكان الرِّق، ثبت[٥] في العبيد بدلالة النَّص[٦][٧].

وما في الزيلعي[٨]: منْ أنَّ العبيد دخلوا في اللفظ، وأُنِّثَ للتغليب[٩]، مخالفٌ لما في كتب الأصول منْ أنَّ الذكور لا تتبع الإناث

---

(١) حيث ثبت ذلك بما أخرجه البخاري ومسلم من أن النبي ﷺ رجم ماعزاً والغامدية بعد إقرارهما بالزنا.

(٢) النسخ لغة: الإزالة، يقال نسخت الشمس الظل؛ أي: أزالته.
اصطلاحاً: هو الخطاب الدال على ارتفاع الحكم الثابت بالخطاب المتقدم على وجه لولاه لكان ثابتاً مع تراخيه عنه.
أقسامه:
١ ـ نسخ الكتاب بالكتاب.
٢ ـ نسخ السنة بالسنة.
٣ ـ نسخ السنة بالكتاب.
٤ ـ نسخ الكتاب بالسنة.
وهذا كله جائز عند الحنفية خلافاً للشافعية في القسمين الأخيرين، فالحنفية يجوزون نسخ الكتاب بالسنة القطعية المتواترة من ذلك نسخ الجلد بالرجم إذا كان الزاني أو الزانية محصناً، كما ثبت ذلك في رجمه ﷺ لماعز والغامدية رضي الله عنهما.
ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: ٣/١٥٤، ١٧٥، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/١٦٩.

(٣) ينظر: تفسير القرآن العظيم: ٢/٢٦٦، وفتح القدير: ١/٥٢٠.

(٤) سقط من: (أ) و(ب).

(٥) في (أ): (فثبت).

(٦) في (ج): (النصف).

(٧) ينظر: خليج البحار: ص١٠٢٥.

(٨) ينظر: خليج البحار: ص٢١٤.

(٩) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/١٦٩.

حتى لو قال: أمِّنوني على بناتي[1]، لا تدخل الذكور، بخلاف: أمِّنوني على بني عَمِّي[2].

(بسَوطٍ)؛ أي: جلده بسوط (لا ثَمرةَ له) ثمرةُ السوطِ مستعارةٌ منْ ثمرة الشجر، وهو ذَنَبُهُ وطَرَفُهُ، لكنَّ المشهور في الكتب: لا ثمرة له؛ أي: لا عقدة له[3].

(ضرباً وسطاً)؛ أي: [له][4] متوسطاً، وهو بين المبرِّح المؤلِم، وغيرِ المؤلِم؛ لإفضاء الأوَّل إلى الهلاك، وخلو الثاني عنِ المقصود وهو الانزجار.

(مُفَرَّقاً على بدنه)؛ لأنَّه لمَّا شُدِّدَ بحسب الكَمِّية، خُفِّفَ بحسب الكيفية؛ أي: التفريق على الأعضاء؛ ولأنَّه لمَّا وصل لذَّة قضاء الشَّهوة إلى جميع أعضائه أُوْصِل الألم إليها؛ لتحَقُّقِ العدل؛ لأنَّ الغُرْمَ بالغُنُم[5][6]؛ ولأنَّ الجمع[7] في عضوٍ واحدٍ قدْ يُفْضي إلى التلف، وهذا الحَدُّ زاجرٌ لا مُتْلف.

❀ ❀ ❀

(١) في (ج): (نباتي).
(٢) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٥/١٠.
(٣) ينظر: العناية شرح الهداية: ٥/٢٣٠.
(٤) سقط من: (ب) و(ج).
(٥) في (ج): (الغم).
(٦) قاعدة الغرم بالغنم:
الغرم: هو ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس.
الغنم: هو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء.
أي: أنَّ التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً، كأجرة القسام والكيل فإنها على الشركاء؛ لأن نفع ذلك عائد لهم، وكأجرة كتابة سند المبايعة تلزم المشتري؛ لأن منفعة السند تعود عليه، لا على البائع.
ينظر: شرح القواعد الفقهية، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي: ص ٥٤٣.
(٧) في (ج): (الجميع).

[ما يُتَجَنَّبُ في الضرب]

(إلَّا الرأس)؛ لئلَّا يؤديَ إلى زوال سمعه، أوْ بصره، أوْ شمِّه (والوجه)؛ لأنَّه مَجْمَع المحاسن، فلا يؤَمَّن ذهابها بالضرب (والفَرْج)؛ لقوله ﷺ للذي أمر لغيره أنْ يَضْرب الحَدَّ: «اتق الوَجْه والمذاكير»(١)؛ ولئلا يؤدي إلى هلاكه.

(وعند أبي يوسف: يُضْرَب الرأسُ ضَرْبَة) واحدة؛ لقول أبي بكر رضي الله عنه للجَلَّادِ: «اضرِب الرأس فإنَّ فيه شيطاناً»(٢).

قلنا: قال ذلك في مستحق القتل.

ولهما: قول عمر رضي الله عنه: «إياك أنْ تَضْرب الرأسَ والوجْهَ»(٣).

[و](٤) في الذخيرة(٥)(٦) عن أبي يوسف: لا يُضْربُ البطنُ،

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة عن علي رضي الله عنه، كتاب: الحدود، باب: ما جاء في الضرب في الحد، برقم: (٢٨٦٧٥)، ٥٢٩/٥، وقال الزيلعي: «غريب مرفوعاً، وروي موقوفاً عن علي».
ينظر: نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي: ٣٢٤/٣.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة عن القاسم بلفظ: (اضرب الرأس فإن الشيطان في الرأس) كتاب الحدود، باب: في الرأس يضرب في العقوبة، برقم: (٢٩٠٣٣)، ٥/٦، قال الزيلعي: في سنده المسعودي وهو ضعيف، وقال ابن حجر: «فيه ضعف وانقطاع».
ينظر: نصب الراية: ٣٢٤/٣، وتلخيص الحبير: ١٤٧/٤.

(٣) ينظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح: ٢٣٧/٣١. وينظر: المبسوط، للسرخسي: ٧٣/٩، وتبيين الحقائق: ١٧٠/٣.

(٤) سقط من: (أ) و(ب).

(٥) في (ج): (الزخيرة).

(٦) الذخيرة البرهانية، للإمام محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخاري الحنفي، المتوفى ٦١٦هـ، وهو كتاب صغير حجمه عظيم فائدته لاحتوائه على كثير من الأحكام، =

ولا الصدرُ؛ لأنَّه مُهْلك، واختاره بعض مشايخنا[١].

وقال الشافعي: يُخَصُّ بظهره[٢].

❊ ❊ ❊

[كيفية الضرب للرجال والنساء]

(ويُضْربُ الرَّجل) حال كونه (قائماً)؛ لقول علي رضي الله عنه: «يُضْربُ الرجالُ في الحدود قياماً والنساءُ قعوداً»[٣]؛ لأنَّه أبلغ في التشهير (في كُلِّ حَدٍّ بلا مَدٍّ)، صفة مصدر محذوف؛ أي: جلداً بلا مَدِّ الضارب يده فوق الرأس، أوْ مَدُّهُ السوط على العضو بعد الضرب.

وقيل المدُّ: أنْ يُلقى على الأرض، ويُمَد رِجلاه، وهو اختيار المُصنِّف، لكن قيَّدَ القيام؛ يعني: عنه [وكل ذلك زيادة على المستحق، فلا يُفعَلْ.

فإنْ قلتَ: هل يمكن إرادةُ هذه المعاني معاً من قوله: (بلا مَدٍّ)؟

= اختصره من كتابه المشهور المُسمَّى بالمحيط البرهاني، جمع فيه مسائل سئل عنها مدة إقامته في سمرقند، وقد أحال جواب كل مسألة إلى كتاب موثوق أو إمام يعتمد عليه.

ينظر: كشف الظنون: ١/٨٢٣.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ٩/٧٢.

(٢) وذكر في التنبيه في الفقه الشافعي، وعمدة السالك وعدة الناسك: أنه يفرقه على أعضائه ويتوقى المقاتل الوجه والرأس والفَرْج.

ينظر: البناية شرح الهداية: ٦/٢٧٤، والتنبيه في الفقه الشافعي: ١/٢٤٢، وعمدة السالك وعدة الناسك: ١/٢٣٨.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن علي بلفظ: (تضرب المرأة جالسة، والرجل قائماً في الحد)، كتاب: الطلاق، باب: ضرب المرأة، برقم: (١٣٥٣٢)، ٧/٣٧٥، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الأشربة والحد فيها، باب: ما جاء في صفة السوط والضرب، برقم: (١٧٥٨٢)، ٨/٥٦٧.

قلت: نعم، فإنَّ المشترك ينتظم المعاني المتعددة إذا كان في موضع النفي، ذكره صاحب الهداية في باب الوصية للأقارب][(١)].

(ويُنزعُ ثيابه) الجملة استئناف، أوْ حال عن مفعول الجلد، مذكوراً أو محذوفاً على اختلاف النسخ، والظاهر: أنَّ الأنْسَب تقديم النَّزعِ على الضربِ كما فعله غيره؛ لئلا يُوهم نزعه بعد الضرب؛ إذِ المقصودُ مِنَ النزع، إيصال الألم[(٢)] مبالغة؛ لأنَّ مبنى هذا الحد على الشِّدة في الضرب (سوى الإزار)؛ لأنَّ فيه كشف العورة.

(و) تُضْرب (المرأةُ جالسةً)؛ لما مَرَّ منْ قول علي، ولأنَّه[(٣)] أستر لها.

(ولا تُنزع) عنها (ثيابها)؛ لأنَّ في نزعها كشف العورة (إلَّا الفرو والحشو) وهو الثوب المخيط بالقطن؛ لأنَّهما يمنعان وصول الألم الزاجر إلى الجسد.

(ويُحْفَر لها في الرَّجْم، لا له)؛ لأنَّه ﷺ حفر للغامدية إلى ثديها[(٤)]، وإنْ ترك لا بأس به؛ لأنَّ النبي ﷺ لم يأمر [به][(٥)]، وهي مستورة بثيابها، والحفر أحسن؛ لأنَّه أستر [لها][(٦)] كذا في الهداية[(٧)].

اقتفى المُصنِّف صاحب الكنز[(٨)] في هذه العبارة، فلو قال كما في

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (أ): (ألم).
(٣) في (ج): (لأنه).
(٤) أخرجه مسلم عن عبد الله بن بريدة، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم: (١٦٩٥)، ١٣٢١/٣.
(٥) سقط من: (ج).
(٦) سقط من: (ب) و(ج).
(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٤٢/٢.
(٨) ينظر: خليج البحار: ص١٢٤.

القدوري وغيره: وجاز الحفر؛ لكان أولى[١]، [لا له][٢]؛ لأنه ﷺ لم يحفر لماعز[٣].

(ولا يُحَدُّ)؛ أي: لا يُقِيم الحَدَّ **(سيدٌ مملوكَهُ)** سواء كان عبداً أو أمةً **(بلا إذنِ الإمام)**؛ لأنَّ الحَدَّ حقُّ الله تعالى، والمراد منه: إخلاء العالَم مِنَ الفساد، ولهذا لا يَسْقط بإسقاط العبد، فيستوفيه النائب عنِ الشرع، وهو الإمام، أوْ نائبه، بخلاف التعزير؛ لأنَّه حق العبد، ولهذا يعَزَّرُ الصَّبِي، وحقُّ الشرع ساقط عنه.

(وإحصان الرجم الحُرِّية)، فلا يُرْجم المرقوق، وافراً كان أوْ ناقصاً.

(والتكليف)، فلا يُرجم المجنونُ والصبي، فإنَّ غير المكلَّف ليس بأهل للعقوبات.

(والإسلام) فلا يُرْجم الكافر؛ لقوله ﷺ: «**مَنْ أشْرَكَ بالله؛ فليسِ بمُحْصَن**»[٤].

---

(١) ينظر: مختصر القدوري: ٨٦/٤.

(٢) سقط من: (أ).

(٣) أخرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري بلفظ (...فما أوثقناه ولا حفرنا له...)، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم: (١٦٩٤)، ١٣٢٠/٣، وبالمقابل فقد أخرج الإمام أحمد في مسنده عن عبد الله بن بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ أمر بحفر حفرة لماعز، برقم: (٢٢٩٤٢)، ٢٦/٣٨، وصححه الشيخ شعيب الأرناؤوط، وللتوفيق بين الروايتين قال العلامة بدر الدين العيني: الأخذ برواية المثبت أولى من رواية النافي.
ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٧٩/٦.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عمر رضي الله عنهما، كتاب: الحدود، باب: من قال: من أشرك بالله فليس بمحصن، برقم: (١٦٩٤٠)، ٣٧٦/٨، والدارقطني في سننه، برقم: (٣٢٩٥)، ١٧٨/٤، والصواب: أنَّ هذا الحديث موقوف على ابن عمر رضي الله عنه، والمراد بالإحصان، إحصان القذف بدليل أن ابن عمر هو من روى عن النبي ﷺ رجم اليهوديين اللذَيْنِ زنيا.
ينظر: نصب الراية: ٣٢٧/٣.

والشافعي: يخالفنا في شرط الإسلام[(١)]، وكذا أبو يوسف في رواية.

(والوطء بنكاح صَحيح) فلا يُرْجَم ما كان بنكاحٍ فاسد، أوْ بشبهة (حَالَ وجودِ) هذه (الصفاتِ المذكورةِ فيهما)؛ أي: الزوجان حتى لو دخل بالمنكوحة الكتابية، أوْ المجنونة، أوْ الصبية، أوْ المرقوقة، لا يكون محصناً، وكذلك إذا كان الزوج عبداً، أوْ صبياً، أوْ مجنوناً، أوْ كافراً وهي حُرَّة، مسلمة، عاقلة، بالغة.

فإن قلت: كيف يتصور أنْ يكون الزوج كافراً والمرأة مسلمة؟

قلتُ: صورته أَنْ يكونا كافرين، فأسلمت المرأةُ قبل أنْ يطئها، [ثمَّ يطأ][(٢)] الزوج الكافر قبل أنْ يُفرَّق بينهما، فإنَّها لا تكون محصنة بهذا الوطء.

وإنَّما قال: إحصان الرجم؛ لأنَّ إحصان حد القذف غير هذه كما ستقف إن شاء الله تعالى.

❊ ❊ ❊

[الجمع بين الجَلْد والرجم]

(ولا يجمع) في المحصن (بين جلد ورجم) بل يرجم فقط؛ لأنَّه ﷺ لم يجمع[(٣)].

وعند أصحاب الظواهر: يُجلدُ ثُمَّ يُرجَم[(٤)].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: ٣٨٦/٩، والوسيط في المذهب: ٤٣٨/٦.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه عن زيد بن خالد أنَّ رجلاً من الأعراب جاء إلى رسول الله ﷺ وهو جالس، ... فقال رسول الله ﷺ: «...وعلى ابنك جلد مئة وتغريب عام»، كتاب الحدود، باب: من أمر غير الإمام بإقامة الحد غائباً عنه، برقم: (٦٨٣٥)، ١٧١/٨، ومسلم في كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم: (١٦٩٧)، ١٣٢٤/٣.

(٤) ينظر: المعاني البديعة في معرفة اختلاف الشريعة: ٤١٦/٢.

(ولا) يُجْمعُ في غيرِ المُحْصَن (بين جلدٍ ونفي) وهو التغريب والإخراج من البلد.

والشافعي: يجمع بينهما، فيَجلدُ مئةً ويغَرِّبُ سَنَة[١]، لقوله ﷺ: «البكر بالبكر جَلْدُ مئةٍ وتغريبُ عام»[٢].

ولنا: [في][٣] قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: ٤][٤] حيثُ لمْ يذكر التغريب [أ/١٩٦].

والسكوتُ في موضعِ الحاجة إلى البيان [تمام البيان][٥]، كما تقرَّرَ[٦] في الأصول[٧]، وما رواه منسوخ[٨].

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٣٥٥/١٢.

(٢) أخرجه مسلم عن عبادة بن الصامت، بلفظ: «...البكر بالبكر جلد مئة ونفي سنة...» كتاب الحدود، باب: حد الزنى، برقم: (١٦٩٠)، ١٣١٦/٣، وأبو داود في كتاب الحدود، باب: في الرجم، برقم: (٤٤١٥)، ١٤٤/٤.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) وجه الاستدلال من هذه الآية:
١ - أن الله تعالى أمر بجلد الزانية والزاني ولم يذكر التغريب، فمن أوجبه فقد زاد على كتاب الله ﷻ، والزيادة عليه نسخ، ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحد.
٢ - أن الله تعالى جعل الجلد جزاء، والجزاء اسم لما تقع به الكفاية، فلو أوجبنا التغريب لا تقع الكفاية بالجلد.
ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٣٩/٧.

(٥) سقط من: (ب).

(٦) في (أ): (تقر).

(٧) هذه قاعدة أصولية وهي (السكوت في موضع الحاجة إلى البيان تمام البيان) ومعناها: أن الشارع إذا ذكر حكماً دون أن يفصِّل فيه؛ فلا ينبغي أنْ نتعداه أو نزيد عليه، مثل: البكر إذا زنت تجلد؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: ٤]، فلا يجوز الزيادة عليه بالنفي كما قال بذلك الشافعية؛ لأنَّ السكوت في موضع الحاجة بيان، فلما سكت الشارع عند قوله: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾؛ كان تمام البيان.
ينظر: كشف الأسرار: ٥٦١/٢.

(٨) كان حكم الزاني الغير المحصن في الابتداء الحبس في البيوت، والتعيير والأذى باللسان؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ﴾ [النساء: ١٥]، ثم نسخ بحديث عبادة بن الصامت الذي رواه مسلم في كتاب الحدود، باب: حد الزاني، برقم:=

وفي النِّهاية: يحتمل أنْ يُرادَ من التغريب في الحديث الحَبْس[١]، كما قال الشاعر[٢]:

ومن يك أمسى بالمدينة رحله   فإني وقيار بها لغريب[٣]

أي: لمحبوس، ولأنَّ في التغريب فتح باب الزنا؛ لانعدام الاستحياء مِنَ العشيرة، ثم فيه قطع مواد البقاء، فربَّما تتَّخِذ زناها مكْسَبة، وهو أقبح وجوه الزنا (إلَّا سياسةً)؛ أي: مصلحة للمسلمين تعزيراً لا حداً؛ لأنَّ النفي بطريق السياسة جائز عندنا، إنْ رأى الإمام [فيه][٤] مصلحةً، ولا يختص ذلك بالزنا؛ لما روي أنَّه ﷺ نفى المخنث[٥]، وعمر ﷺ، نفى نصر بن الحجاج[٦] مِنَ المدينة إلى البصرة، وهو غلام صبيح الوجه، افْتُتِنَ

= (١٦٩٠)، ١٣١٦/٣، أن النبي ﷺ قال: «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مئة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مئة ورجم بالحجارة»، وكان ذلك قبل نزول سورة النور بدليل قوله: «خذوا عني»، ولو كان بعد نزولها لقال: خذوا عن الله تعالى، ثم نسخ بقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢]، فاستقر الحكم على ذلك.
ينظر: المبسوط، للسرخسي: ٣٦/٩.

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٧٤/٣.

(٢) القائل هو: ضابئ بن الحارث بن أرطأة التيمي البرجمي، شاعر خبيث اللسان كثير الشر، عرف في الجاهلية وأدرك الإسلام، عاش بالمدينة إلى أيام عثمان ﷺ، كان ضعيف البصر، سجنه عثمان ﷺ؛ لقتله صبيّاً بدابته، وبقي في السجن حتى مات.
ينظر: الأعلام، للزركلي: ٢١٢/٣.

(٣) ينظر: الأصمعيات اختيار الأصمعي: ١٨٤/١.

(٤) سقط من: (أ) و(ب).

(٥) أخرجه البخاري عن ابن عباس بلفظ: «...أخرجوهم من بيوتكم» كتاب الحدود، باب: نفي أهل المعاصي والمخنثين، برقم: (٦٨٣٤)، ١٧١/٨، والبيهقي في السنن الصغرى، برقم: (٢٥٦٦)، ٢٩٧/٣، ومسند الدارمي، كتاب: الاستئذان، باب: لعن المخنثين والمترجلات، برقم (٢٦٩١)، ١٧٣٣/٣.

(٦) نصر بن حجاج بن علاط السلمي، شاعر من أهل المدينة، وكان جميلاً جداً حتى أن إحدى نساء المدينة قالت: هل من سبيل إلى خمر فأشربها؟ أم من سبيل إلى=

به الرجال والنساء، والحُسْنُ لا يوجب النفي، إلَّا أنَّه فعله سياسةً، فإنَّه قال: ما ذَنْبي يا أمير المؤمنين؟

فقال: لا ذَنْب لك، وإنَّما الذَّنْب لي [حيثُ][1] لا أُطَهِّرُ دَارَ الهجرة منك[2].

اعلم أنَّهم يذكرون في حكم السياسة أنَّ الإمام يفعلها، ولمْ يقولوا: القاضي، وظاهره: أنَّ القاضي ليس له حكم السياسة ولا العمل بها.

(والمريض) المحصن، إنْ حَدَّه الرجم **(يُرْجَم)**؛ لأنَّ الإتلاف كان مستحقاً عليه، فلم يكن المرض مانعاً عنه.

(ولا يُجلد) المريض إنْ حدَّه الجلد **(ما لَمْ يَبرْأ)** مِنْ مرضه؛ لأنَّ جلده قد يفضي إلى الهلاك، ولهذا لا تقطع[3] يد السارق عند شِدَّةِ الحرِّ والبرد؛ لإفضائه إلى الهلاك.

(والحامل، إنْ ثبت زناها بالبَيِّنة تُحْبَس)؛ كيلا تهرب، سواءٌ كان حَدُّها الرجم، أو الجلد، وسواءٌ كانت مريضةً، أوْ لا، قيَّد بالبَيِّنَة؛ لأنَّه إذا ثبت بإقرارها لا تُحبس؛ لأنَّ الرجوع عنه عاملٌ، فلا يفيد الحبس.

(حتى تَلِدَ)؛ لأنَّ فيه إضرار بالولد الذي لم يَجْنِ، والمخلوق من ماء الزنا مُحرَّم كغيره **(وتُرْجَم إذا وضَعَت)** حملها، إنْ كان حدُّها الرجْم؛ لأنَّ التأخير لأجلِ الولد وقد خرج، والمرضُ لا ينافي [إقامة][4] الرجم، وإنْ كان حدها الجَلْد.

= نصر بن حجاج؟، فسمعها عمر ﷺ فقال: لا أرى رجلاً في المدينة تهتف به العواتق في خدورهن! فأمر به فحلق شَعر رأسه، ثم نفاه إلى البصرة.
ينظر: الأعلام، للزركلي: ٢٢/٨، والطبقات الكبرى، لابن سعد: ٢١٦/٣.

(١) سقط من: (ب). ينظر: المبسوط: (٤٥/٩)، وتبيين الحقائق: ١٧٤/٣، والدر المختار: (١٥/٤).

(٢) أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق: ٢٢/٦٢.

(٣) في (أ) و(ب): (يقطع).

(٤) سقط من: (ج).

(ولا تُجْلدُ ما لمْ تَخرُج مِنْ نفاسها)؛ لأنَّه نوع مرض، فينتظر البرء منه.

(وإنْ لمْ يكن للولدِ مَنْ يربِّيه، لا تُرجَم) عند أبي حنيفة (حتى يستَغْنِي) الولد (عنها)؛ أي: عنِ التربية أوِ الأم؛ لأنَّ في التأخير صيانةَ الولد عنِ الضياع، وقد رُوي أنَّه ﷺ قال للغامدية بعد ما وضعت: «ارجعي حتى يسْتَغْنِي وَلدكِ»[(١)].

❊ ❊ ❊

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

[لمَّا فرغ مِنْ بيان إقامة الحدِّ، شرع في بيان ما يوجبه وما لا يوجبه فقال:][(٢)]

(الشُّبْهَة) [وهي ما يَشْبه الثابت وليس بثابت][(٣)] (دارئةٌ)؛ أي: دافعةٌ (للحَدِّ)؛ لقوله ﷺ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[(٤)].

(وهي نوعان): اعلم أنَّها ثلاثة أضرب:

١ ـ (شبهة في الفعل).

---

(١) أخرجه مسلم عن عبد الله بن بريدة عن أبيه بلفظ: «...فاذهبي حتى تلدي»، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم: (١٦٩٥)، ١٣٢٣/٣.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) أخرجه الترمذي عن عائشة رضي الله عنها بلفظ: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم...»، كتاب: الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود، برقم: (١٤٢٤)، ٣٣/٤، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الحدود، باب: ما جاء في درء الشبهات، برقم: (١٧٠٥٧)، ٤١٣/٨، والحاكم في المستدرك، كتاب: الحدود، برقم: (٨١٦٣)، ٤٢٦/٤، ثم قال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرّجاه»، وأما بلفظ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» فقد قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ».

ينظر: نصب الراية: ٣٣٣/٣.

٢ ـ وفي المحل.

٣ ـ وفي العقد.

ولا يمكن درج الثالثة في الثانية؛ لأنَّ النسب يثبت فيها، ولا شيء فيها على الجاني، وإنْ اعترف بالحرمة؛ لشبهة[(١)] في الفعل، ويُسمَّى شبهة اشتباه، (وهي ظَنُّ غيرِ الدليلِ)؛ أي: دليل الحِلِّ (دليلاً)، وهو يتحقق في حق من يشتبه، فلا بد مِنَ الظَّنِّ؛ ليتحقق الاشتباه، كقومٍ سُقوا خمراً، يُحدُّ مَنْ علم منهم أنَّه خمر، لا منْ لمْ يعلم.

(فلا يُحدُّ فيها إنْ ظَنَّ الحِلَّ)؛ لتحقق الاشتباه، (وإلَّا)؛ أي: وإنْ لمْ يظن الحِلَّ (يُحَدُّ) لما ذكرنا (كوطء معتَدَّتِه مِنْ ثلاث، أَوْ مِنْ طلاقٍ) بائن (على مالٍ، أَوْ أُمَّ ولدٍ أعتقها)؛ لأنَّ بقاء أثر المِلْك وهو العِدَّةُ، لا يبْعد أنْ يورث الاشتباه في حِلِّ وطء المعتَدَّة بثلاث، والمعتَدَّةُ بطلاق على مالٍ، والمعتَدَّة بالإعتاق حالَ كونها أُمَّ ولده.

(أَوْ أمةُ أصله)؛ أي: أبيه وأمِّهِ، (وإنْ علا)؛ لقوله ﷺ في حق جارية الابن: «أنتَ ومالك لأبيك»[(٢)]، فظُنَّ أنَّ مال الأب كمالِ الابن، وأنَّ جارية الأب يحِلُّ له كما يحل جارية الابن.

(أَوْ أمةُ زوجتِه) فإنَّ غنى الزوج بمال زوجته، المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا﴾ [الضحى: ٨]؛ أي: بمال خديجة رضي الله عنها[(٣)] قدْ يورث شِبْهة أنَّ مال الزوجة مِلْك الزوج.

(١) في (ب) و(ج): (شبهة).

(٢) أخرجه ابن ماجه عن جابر رضي الله عنه، كتاب: التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده، برقم: (٢٢٩١)، ٢/٧٦٩، والبيهقي في السنن الكبرى، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، برقم: (١٥٧٤٩)، ٧/٧٨٩، وابن حبان في الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، كتاب: البر والإحسان، باب: حق الوالدين، برقم: (٤١٠)، ٢/١٤٢، من عدة طرق أصحها عن عائشة رضي الله عنها.
ينظر: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: ٧/٦٦٤.

(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: ٢٠/٩٩، ومعالم التنزيل في تفسير القرآن: ٥/٢٦٨.

(أَوْ) أمة (سيِّده)؛ لأنَّ البسوطة بين العبد والمولى في الانتفاع بِمَالِه ورضاه بذلك عادة مَظَنَّة لاعتقادهم حِلَّ وطء جاريته؛ لأنَّ وطء الجواري مِنْ قبيل الاستخدام.

(وكذا وطء المُرْتَهِنِ) الأمةَ (المرْهونَةَ)؛ لأنَّ مالِكِيَّة المُرتَهِن المَرهونَةَ مِلكُ يدٍ توهم حِلَّ وطء المرهونة له (في الأصحِّ) احتراز عنْ رواية كتاب الرهن: أنَّه لا يُحدُّ سواءٌ ظنَّ أوْ لا، فلا يُحَدُّ في هذه الصور إنْ قال الجاني: ظننت أنَّها تحِلُّ لي، وإنْ قال: علمتُ أنَّها حرامٌ يجب الحَدُّ.

(وشِبهةٌ في المَحَلِّ): وتُسمَّى شبهة حكمية، (وهي قيامُ دليلُ) الحِلِّ في المَحَلِّ (نافٍ للحرمةِ في ذاتِهِ)؛ أيْ: إذا نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عنِ المانع يكون منافياً للحرمة، ولا يتوقف على ظنِّ الجاني واعتقادِهِ، (فلا يُحَدُّ) [الجاني][1] (فيها)؛ أي: في شبهة المحل (وإنْ) - وصلية[2] - (عَلِمَ بالحُرمةِ كوطءِ أمةَ ولدِهِ، وإنْ سَفَلَ)؛ فإنَّ الدليل النافي للحرمة قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»، ولمْ يثبت حقيقة المِلْك، فيثبت شبهته، عملاً بحرف اللَّام بقَدْر الإمكان.

(أوْ مشتَرَكتِهِ) فإنَّ المِلْك فيها، دليلُ جواز الوطء.

(أوْ معتَدَّتِه بالكنايات)، فإنَّ الدليل فيها، أنَّ الكنايات رواجع عند [بعض][3] الصحابة، منهم عمر[4].

ولا فائدة في قوله: (دونَ الثلاث)؛ لأنَّه مَرَّ مصرحاً.

(أوْ) وطءَ (البائِعُ) الأَمَةَ (المبيعَةَ، أوْ) وطءَ (الزوجُ) الأمةَ (المَمْهُورةَ)؛ أي: التي جعلها صداقاً لمرأةٍ تزوجها (قبل تسليمها)؛ أي: تسليم الأولى إلى المشتري، والثانية إلى الزوجة، فإنَّ كون المبيعة في يد

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (أ) و(ب): (وإن علم وصلية).
(٣) سقط من: (أ) و(ب).
(٤) ينظر: رد المحتار على الدر المختار: ٤/٢٠.

البائع، بحيثُ لو هلك انتقض البيع دليل المِلْك في الأولى، وكَونُ المهر صلة؛ أي: [ليس][(١)] مقابلاً بمال دليلُ عدم زوال المِلْك في الثانية.

(والنَّسَبُ يثْبُت في هذه)؛ أي: الشبهة في المحل (عنْدَ الدَّعوة لا في الأوْلى)؛ أي: لا يثبت في شبهة الفعل، (وإنْ) ـ وصلية ـ (ادَّعاه).

والفرق: أنَّ الوطء في الثانية لمْ يتَمَحَّض زنا؛ لوجود الدليل الشرعي على ثبوت المِلْك، [وفي الأول يتمحَّض زنا وإنْ سقط الحد بناءً على اشتباه الأمر عليه، فلا دليل فيه على المِلْك.

اعلم أنَّ هذا النفي ليس بمجري على عموم، فإنَّ المطَلَّقَة الثلاث يثبت النسب فيها؛ لأنَّ هذا وطء [أ/١٩٧] في شبهة العقد، فيكفي ذلك لإثبات النَّسب.

وفي الإيضاح: المُخْتلعة والمُطَلَّقة بعوض ينبغي أنْ تكون كالمُطَلَّقة ثلاثاً][(٢)(٣)].

(ويُحَدُّ) الواطئ (بوطءِ أمةِ أخيهِ، أوْ عَمِّه) وهذا القيْدُ اتفاقي؛ لأنَّ الحكم لا يختلف في إماءِ سائر المحارم، سوى الأولاد والآباء (وإنْ) ـ وصلية ـ (ظَنَّ حِلَّها)؛ إذِ البَسُوطة في مالها مُنْعَدمة عادةً، ولهذا تُقْبل شهادةُ أحدهما على الآخر.

(وكذا بوطءِ امرأةٍ وجدها على فراشِهِ)، وإنْ قال: ظننتها امرأتي؛ إذِ الظاهر عدمُ الاشتباه بين امرأتِهِ التي صاحَبَها ومَسَّها مراراً، وبيْنَ غيرها، (وإنْ) ـ وصلية ـ (كانَ أَعمى)؛ إذْ له التميز بالأَوْضاع والحركاتِ (إلَّا إنْ دَعاها) الأعْمَى (فقالتْ: أنا زَوْجَتك)، فوَطِئها لا يُحَدُّ؛ لأنَّ ظَنَّه استند على دليلٍ شرعي، وهو الإخبار.

❊ ❊ ❊

---

(١) سقط من: (أ) وفي (ب): (غير).
(٢) من قوله: (وفي الأول) إلى قوله: (كالمطلقة ثلاثاً) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٥١/٥.

[ما لا يُحَدُّ فيه]

(لا) يُحَدُّ (بوطءِ أجنبية زُفَّتْ إليه، وقُلْنَ): النِّسَاءُ، ولو قال: وقيل، لكان أولى؛ إذْ يكفي خبر الواحد فيه (هي زوجتك)؛ لأنَّه[١] اعْتمدَ دليلاً معتبراً، وهو الإخبار في موضع الاشتباه؛ إذِ الإنسان لا يُمَيِّز بيْن امرأته وبيْن غيرها[٢] [في][٣] [أوَّل الوَهْلة؛ أي:][٤] في أول الأمر، فصار كالمغرور، (وعليه المهر)؛ أي: مهر المثل، قضى بذلك علي رضي الله عنه[٥]، وبالعِدَّة؛ لأنَّ البُضْعَ لا يخلو عن الموجبين:

١ ـ إمَّا الحَدُّ.

٢ ـ وإمَّا المهر؛ إظهاراً لخطر المحل، فلمَّا لَمْ يجب الحَدُّ للشبهة؛ فيجب المهر.

(ولا) يُحَدُّ (بوطءِ بهيمة) بل يعزَّر؛ لأنَّه ليس في معنى الزنا في كونه جناية، ثُمَّ [إنْ][٦] كانت مِمَّا لا يُؤكل؛ تُذبح، ثمَّ تحرق بالنار، ولا تُحرق قبل الذبح، وضَمِن الفاعل قيمة الدابَّة، إنْ كانت لغيره؛ لأنَّها قُتِلت لأجله، والإحراق بالنار ليس بواجب، وإنَّما يُفعل؛ لئلَّا يُعَيَّرَ الرَّجل بها إنْ كانت باقية، فينقطع التَّحدث به، وإنْ كانت مِمَّا يُؤكل؛ تُذبح، وتُؤكل عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: تُحرق.

* * *

---

(١) في (ج): (أنه).

(٢) في (أ): (غيره) وفي (ب): (غير).

(٣) سقط من: (أ) و(ج).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) ذكر صاحب نصب الراية: أنه غريب جداً: ٣٣٩/٣، والدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٠٢/٢.

(٦) سقط من: (ج).

[إقامة الحدود في دار الحرب والبغي]

(و) مَنْ (زنى في دار حرب، أوْ) [في دار][(١)] (بَغْيٍ)، ثمَّ خرج إلينا، وأقَرَّ عند الإمام بالزنا، لا يُقام عليه الحَدُّ.

وقال الشافعي: يُحَدُّ؛ لأنَّه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه[(٢)].

ولنا: قوله ﷺ: «لا تُقامُ الحدودُ في دارِ الحَرب»[(٣)]، ولأنَّ المقصود هو الانزجار، وولاية [الإمام][(٤)] مُنْقَطعة فيها، فيعرى الوجوب عنِ الفائدة، وإذا لمْ ينعقد موجباً للحدِّ؛ لا ينقلب [موجباً][(٥)] بعد الخروج إلينا.

❋ ❋ ❋

[الرجوع إلى ما لا حَدَّ فيه]

(ولا) يُحدُّ (بوطءِ مَحْرمٍ تزوجها) سواءٌ كان عالماً بالحرمة أوْ لمْ يكنْ، ولكنْ إذا كان عالماً بها يوجع[(٦)] بالضرب تعزيراً له، هذا عنده.

وعندهما، وهو قول الشافعي: إنْ كان عَالِماً يُحدُّ في ذاتِ زوجٍ

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٨٩/١٢، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: ٩٤/١٠.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن زيد بن ثابت، كتاب: السير، باب: من زعم لا تقام الحدود في أرض الحرب حتى يرجع، برقم: (١٨٢٢٥)، ١٧٨/٩، وقد ذكر صاحب نصب الراية أنه غريب.
ينظر: نصب الراية: (٣٤٣/٣).

(٤) سقط من: (أ) و(ب).

(٥) سقط من: (أ) و(ب).

(٦) في (أ): (يوضع).

مُحَرَّمةٍ عليه على التأبيد[١]، قيَّد بقوله: (تزوجها)؛ لأنَّه لوْ وطئها قبل التزوج يُحدُّ اتفاقاً.

لهما: إنَّ الشرع أخرج المحارم عن محَلِّية النكاح، فصار العقد فيهن لغواً، فيحد.

وله: إنَّ المحرم محل للنكاح باعتبار أنَّ المقصود منه التناسل، ومحلية النكاح وإن انعدمت عنه بدليل، لكن بقيت شبهتها كما في نكاح المتعة، فيَنْدَرِئ به الحدود، والفتوى على قولهما.

(أوْ) وطئ (منْ استأجرها (ليزنيَ بها)) عند أبي حنيفة (خلافاً لهما) والشافعي[٢]؛ إذْ ليس بينهما مِلك ولا شبهته، فكان [زنا][٣] محضاً.

وله: ما روي أنَّ امرأةً اسْتَسْقتْ راعياً لبناً، فأبى أنْ يسقِيها حتى تمكِّنَه مِنْ نفسها، ففعلت، ثمُّ رُفع الأمرُ إلى عمرَ ﷺ، فدرأ الحدَّ عنهما، وقال: ذلك مهرها[٤]، وصار كالمتعة.

قيد بقوله: ليزني بها؛ لأنَّه لو استأجرها للخدْمَة، ثمَّ جامعها؛ يحَدُّ اتفاقاً.

وفي الحقائق: لو قال: أمْهَرتكَ لأزني بكِ لا يحَدُّ اتفاقاً[٥].

(ومَنْ وطئ أجنبيةً في ما دونَ الفَرْج)؛ أي: دونَ القُبُل كالوطءِ في الدبرِ، والتبطين، والتفخيذ؛ (يعزَّر) من غير حدٍّ فيما دون السبيلين بالاتفاق.

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٣٦٢/١٢.
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) سقط من: (أ).
(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن أبي عبد الرحمن السلمي، كتاب: الحدود، باب: من زنى بامرأة مستكرهة، برقم: (١٧٠٥٠)، ٤١١/٨.
(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٨٤/٣.

(وكذا)؛ أي: يُعزَّر (لوْ وطِئَها)؛ أي: الأجنبية (في الدُّبُر) داخلٌ في قوله: (في ما دونَ الفرج)، فلا معنى لهذا العطف.

(أوْ عَمِلَ عَمَلَ قومِ لوط) يعزَّر، هذا عنده.

(وعندهما): وهو أحد قولي الشافعي(١)، (يحد) حد الزنا، إنْ لمْ يكن المأْتِيُّ به عبدَهُ، أوْ أمته، أوْ منكوحته.

قال في الحقائق: لو فعل هذا بعبده، أوْ أمته، أوْ منكوحته، لا يُحَدُّ بلا خلاف، وإنْ كان حراماً بالإجماع(٢).

وفي قول آخر للشافعي: يقتلان بكل حال(٣)؛ لقوله ﷺ: «اقتلوا الفاعل والمفعول به»(٤).

لهما: إنَّه في معنى الزنا؛ لأنَّه قضاء الشهوة في محلٍّ مشتهى على سبيل الكمال، على وجه تمَحَّض حراماً؛ لقصد سفح الماء.

وله: إنَّه ليس بزنا، لاختلاف الصحابة ﷺ في موجبه، منَ الإحراق بالنار، وهدم الجدارِ عليه، والتَّنْكِيس مِنْ مكانٍ مرتفعٍ باتباع الأحجارِ وغير ذلك(٥)،

---

(١) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٢٧/٢٠، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: ٣٦٦/١٢.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٨١/٣.

(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٢٧/٢٠، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: ٣٦٦/١٢.

(٤) أخرجه أبو داود، عن ابن عباس ﷺ، كتاب: الحدود، باب: فيمن عمل عمل قوم لوط، برقم: (٤٤٦٢)، ١٥٨/٤، والترمذي في أبواب الحدود، باب: ما جاء في حد اللوطي، برقم: (١٤٥٦)، ١٠٩/٣، وابن ماجه في كتاب الحدود، باب: من عمل عمل قوم لوط، برقم: (٢٥٦١)، ٨٥٦/٢، والحاكم في المستدرك، كتاب: الحدود، برقم: (٨٠٤٩)، ٣٩٥/٤، وقال: صحيح الإسناد.

(٥) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن صفوان بن سليم أن خالد بن الوليد كتب إلى أبي بكر الصديق ﷺ في خلافته يذكر له أنه وجد رَجلاً في بعض نواحي العرب يُنْكَحُ كما تُنْكَحُ المرأة، وأن أبا بكر ﷺ جمع الناس من أصحاب رسول الله ﷺ فسألهم عن ذلك، فكان من أشدهم يومئذ قولاً علي بن أبي طالب ﷺ قال: إن=

ولا هو [في][(١)] معنى الزنا؛ لأنَّه ليس فيه اشتباه الأنساب، وإضاعة الولد؛ لأنَّ ولد الزنا هالك حكماً؛ لعدم مِنْ يُرَبِّيه، وكذا هو أندر وقوعاً؛ لانعدام الداعي في أحد الجانبين، والداعي إلى الزنا من الجانبين، وما رواه الشافعي محمول على السياسة، أو على المستحل.

وفي شرح الجامع الصغير للتمرتاشي[(٢)]: والرأي فيه إلى الإمام، إنْ شاء قتله إذا اعتاده، وإنْ شاء ضربه وحبسه[(٣)].

❊ ❊ ❊

[إقامة حَدِّ الزنا على الذمي والحربي]

(وإنْ زنى ذِمِّيٌّ بحَرِبِيَّة في دارنا)؛ أي: مستأمنة؛ (حُدَّ الذِمِّي فقط) عند أبي حنيفة.

= هذا ذَنْب لم تعصَ به أمة من الأمم إلا أمة واحدة صنع الله بها ما قد علمتم، نرى أن نحرقه بالنار، فاجتمع رأي أصحاب رسول الله ﷺ على أن يحرقه بالنار، فكتب أبو بكر ﷺ إلى خالد بن الوليد يأمره أن يحرقه بالنار، كتاب: الحدود، باب: ما جاء في حد اللوطي، برقم: (١٧٠٢٨)، ٤٠٥/٨، وقد ضعفه صاحب الدراية.

ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ١٠٣/٢.

وأخرج البيهقي في شعب الإيمان عن أبي نضرة أن ابن عباس ﷺ سئل: ما حد اللوطي؟ قال: «ينظر أعلى بناء بالقرية فيلقى منه، ثم يتبع بالحجارة»، باب: تحريم الفروج وما يجب من التعفف عنها، برقم: (٥٠٠٤)، ٢٨١/٧، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الحدود، باب: في اللوطي حد كحد الزاني، برقم: (٢٨٣٣٧)، ٤٩٦/٥، وإسناده صحيح.

ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٠٣/٢.

(١) في (أ) و(ب): (بمعنى).

(٢) شرح الجامع الصغير للتمرتاشي، للإمام ظهير الدين أحمد بن إسماعيل التمرتاشي الحنفي، المتوفى ٦١٠هـ.

ينظر: كشف الظنون: ٥٦٣/١.

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٦٣/٥.

(وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُحَدَّانِ، وفي عكْسِه) [بأنْ زنى حربي مستأمن بذِمِّيَّة][1] (حُدَّتِ الذِّمِّية لا الحربي، وعنْ أبي يوسف رحمه الله تعالى يُحَدَّانِ، وعند محمد: لا يُحَدَّان)؛ لأنَّ الحد سقط في حق الأصل، فأوجب سقوطه في التبع.

ولأبي يوسف: أنَّ المستأمن التزم أحكامنا مدة قيامه في دارنا، فيحد إلَّا في شرب الخمر؛ لأنه يعتقد إباحته.

ولأبي حنيفة: أنَّه قد وُجِد حقيقة الزنا منها، فتُحَد[2] خاصة.

(وإنْ زنا مكَلَّفٌ بمَجْنونةٍ، أوْ صَغيرة) التي يجامع مثلها (حُدَّ) هو خاصة إجماعاً؛ لكونه أصلاً، (وفي عكْسِه) بأنْ زنى مجنون، أوْ صبي بمكَلَّفَة طاوعته (لا حَدَّ عليهما)؛ أي: لا على الفاعلِ والمفعول به؛ لأنَّه ليس بمكلَّف، ولمْ يكنْ فعله زنا، وهي تابعة له (إلَّا في رواية عنْ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ)، وبه قال زفر والشافعي[3].

❊ ❊ ❊

[إقامة الحَدِّ على الزاني المُكْرَه]

(ولَا حَدَّ بزنا المُكْرَه) سواءٌ كانَ المُكْرَه زانياً أوْ مَزْنِيَّة، وكان أبو حنيفة يقول أوَّلاً: يُحدُّ، وهو قول زفر؛ لأنَّ انتشار الآلة دليل على الاختيار بخلاف المرأةِ، ثُمَّ رجع وقال: لا حَدَّ عليه؛ لأنَّ الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً، كما في النائم [أ/١٩٨]، فأورث شبهة؛ فلهذا رجع إليه.

(١) سقط من: (أ) و(ب).
(٢) في (ج): (فقط).
(٣) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/٣٦١.

قيل: يشترط الإكراه من السلطان، فلو كان من غيره حُدَّ عنده خلافاً لهما؛ لأنَّ المؤثر خوف الهلاك، وقد يتحقق من غيره.

وله: إنَّه لا يتحقق؛ لانعدام الدوام؛ لوجود الدافع، وهو السُّلطان وجماعة المسلمين.

قالوا: هذا اختلاف عصرٍ وزمانٍ، لا حُجَّةٍ وبرهان، وكل أجاب بما عاين، والفتوى على قولهما في زماننا؛ لظهورِ القوة لكل مُتَغَلِّبْ؛ فلذا أطلق المُصَنِّف الإكراهَ كما وقع في الكنز[1] والوقاية[2]، من غير تقْييد بالسلطان، كما وقع في الهداية[3].

(ولا) يُحَدُّ (إنْ أقر أحدهما)؛ أي: أحد الزوجين[4] **(بالزنا)** أربع مرات، في مجالس مختلفة، **(وادعى الآخر النكاح)**؛ لأنَّ دعوى النكاح تحتمل الصدق، وهو يقوم بالطرفين، فأورثت شبهة، فسقط الحد، ووجب المهر؛ تعظيماً لخطر البضع.

(ومَنْ زنى بأمةٍ، فقتلها به)؛ أي: بفعل الزنا؛ **(لزِمَهُ الحدُّ والقيمة)**؛ لأنَّه جنى جِنايَتَين، فيترتب على كل منهما موجبهما: الحدُّ بالزنا، والقيمة بالقتل.

(وعند أبي يوسف): لزِمَه **(القيمةُ فقط)**؛ لأنَّ [تقَرُّرَ][5] ضمانِ القيمة سببٌ لمِلكِ الأمة، فصار كما اشتراها بعدما زنى بها.

(والخَليفةُ)؛ أي: الإمام الذي ليس فوقَهُ إمام في زمانه **(يُؤخَذُ**

---

(١) ينظر: كنز الدقائق: ٣٥٠/١.

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٤٩/٩.

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٤٨/٢.

(٤) في (أ) و(ب): (الزانيين).

(٥) سقط من: (ج).

بالمال)؛ لأنَّ الحق للمالك، (و) يُؤخَذُ (بالقصاص)؛ لأنَّ حقَّ القصاص للولي[1]، والخليفة وغيرُهُ فيه سواء.

(لا) يُؤخذ (بالحَدِّ)؛ لأنَّ الحدَّ حقُّ الله تعالى، وإقامته إليه دون غيره، ولا يمكنه أنْ يقيمه على نَفْسه.

❊ ❊ ❊

باب الشَّهادة على الزنا والرجوع عنها

(لا تُقْبَلُ الشَّهادة بحَدٍّ)؛ أي: بسبب حَدٍّ (مُتَقادِمٍ) كسرقةٍ، أوْ زنا، أوْ شرب الخمر (مِنْ غيرِ بُعْدٍ عَنِ الإمامِ)، ولو قال: مِنْ غيرِ عذْرٍ مكان: (مِنْ غيرِ بُعدٍ)، كما وقع في الدرر[2]؛ لكان أولى؛ إذْ لا عبرةَ للبُعد إذا لمْ يكن منشأً للتأخير، كمرض، وخوف طريق، ونحوه.

[والأصل][3]: أنَّ[4] الحدودَ الخالصة حقاً لله تعالى تَبطُل بالتقادم؛ لأنَّ الشاهد مُخَيَّر بين الأداء والسَّتْر، فالتأخير إنْ كان لاختيار الستر، فالإقدام على الأداء بعده؛ لسوءٍ في باطنه، مِنْ حقد، أو عداوة حركته، فيتهم فيها، وإلَّا صار فاسقاً آثماً، فتيقنا بالمانع.

(إلَّا في) حدِّ (القذف) إنَّما استثناه؛ لأنَّ فيه حقُّ العبد، وهو رفع العار عنه، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار، ولأنَّ الدعوى فيه شرط، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى، فلا يوجب تفسيقهم.

(وفي السَّرقة، يضْمَن المالَ)؛ أي: المسروق، ـ بالنصب أو الرفع ـ

---

(١) في (ج): (للمولى).
(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢/٦٧.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (لأن).

والفعل مِنَ الضمان على بناء الفاعل أو[١] المفعول[٢]، أو من التضمين على بناء المفعول؛ يعني: [إذا شهدا][٣] السرقة بعد التقادم لا يُحدُّ السارق، ويضْمنُ ما سرق؛ لأنَّ التقادم لا يضره؛ لأنَّه حق العبد.

(ويصِحُّ الإقرار به إلّا في الشُّرب)؛ أي: بالحدِّ[٤] المتقادم، فيحدُّ؛ إذْ لا تهمة فيه؛ إذ المرء لا يتهم على نَفْسه.

(وتقادمُ غيرِ الشُّربِ بشهرٍ)؛ أي: بمُضيِّه، واختلفوا في حدِّ التقادم، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر[٥]، فإنَّه قال: بعد حين، وهكذا أشار الطحاوي[٦][٧].

وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ لم يُقدِّر في ذلك، وفوَّضه إلى رأي القاضي في كل عصر.

وعن محمد: أنَّه قَدَّره[٨] بشهر؛ لأنَّ ما دونه عاجل، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، فلذا قال: (في الأصَحِّ) احترازاً عنه، وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر، أمَّا إذا كان فتُقْبل شهادتهم؛ لأنَّ المانع بُعْدهم عنِ الإمام، فلا يتحقق التهمة.

وتقادم حدِّ (الشُّرب) يُقدَّر (بزوالِ الريح) عندهما.

(وعند محمَّد): يُقدَّر (بشهرٍ أيضاً)، وسيأتي في بابه إنْ شاء الله تعالى.

---

(١) في (أ): (و).
(٢) في (ج): (المفعول أو الفاعل).
(٣) في (ج): (إذ شهد).
(٤) في (أ): (الحد).
(٥) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: ١/٢٧٧.
(٦) ينظر: خليج البحار: ص١٥٣.
(٧) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ٩/٧٠.
(٨) في (ج): (قدر) دون هاء.

(وإنْ شَهدوا بزناهُ بغائبةٍ)؛ أي: غائبةٍ عنْ مجلس القاضي؛ (قُبِلَت) شهادتهم، فيُحدُّ (بخلافِ سرقَتِه مِنْ غائب) حيثُ لا تقطع[(١)]، والفرق: أنَّ بالغَيْبَة تنعدم الدعوى، وهي شرط في السرقة دون الزنا.

فإنْ قلت: ينبغي أنْ لا تُقبل؛ لأنَّها لو حضرت ربما يدعي النكاح، فتصير شبهة.

قلت: مِنَ الغائب عند الغَيْبة احتمال الدعوى، وبحقيقة الدعوى تثبت الشبهة؛ لأنَّ دعواها تحتمل الصدق والكذب، فبالاحتمال شبهة الشُّبهة، وهي غير معتبرة؛ إذْ[(٢)] اعتبارها يؤدي إلى انسداد باب الحدود.

(وإنْ أقرَّ بالزنا بمجهولة)؛ أي: بامرأةٍ لا يعرفها المُقِرُّ (حُدَّ) لا كما ذكره صدر[(٣)] الشريعة: أنَّه لا تخفى عليه امرأته أو أمته؛ لأنَّها يحتمل أنْ تكون أمة ابنه، وهي يجوز أنْ تخفى عليه، بل لما ذكر في التقسيم والتشجير مِنْ شروح الجامع الصغير[(٤)]، أنَّه أقرَّ بالزنا، وهو غير متهم في حق نفسه[(٥)].

(وإنْ شهدوا كذلك)؛ أي: شهدوا وجهلوا الموْطوءةَ؛ (لا يُحدُّ) المشهودُ[(٦)] عليه؛ لاحتمال [أنْ تكون][(٧)] امرأته أوْ أمته، بل هو الظاهر حملاً لحال المسلم على الصلاح، ولا يحدُّ الشهود أيضاً؛ لوجود النصاب.

---

(١) في (ج): (لا يقطع).
(٢) في (ب): (إذا) وفي (ج): (أو).
(٣) في (ج): (الصدر).
(٤) التقسيم والتشجير في شرح الجامع الصغير: للقاضي مسعود بن حسين اليزدي، المتوفى ٥٧١هـ.
ينظر: كشف الظنون: ١/٥٦٣.
(٥) ينظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ١/٥٩٨.
(٦) في (ب): (للشهود).
(٧) في (ب) و(ج): (أنها).

(وكذا) لا يحدُّ (لو اختلفوا في طَوعِ المرأة) بأنْ قال اثنان منهم: إنما كانت مُكْرهة، وآخران: إنَّها كانت طائعة، لا يُحدُّ الرَّجلُ ولا المرأةُ عند أبي حنيفة وزفر.

(وعندهما: يُحدُّ الرَّجلُ) دون المرأة؛ لأنَّ شهادة الأربع اجتمعت على زناه طائعاً.

وله: إنَّ الشهادة مختلفة؛ لأنَّ الزنا بها وهي طائعة غير الزنا بها وهي مُكرهة، فلم يتم النصاب، ولا يحدُّ الشهود لما مرَّ.

(ولا يُحدُّ أحدٌ)؛ أي: لا المشهود عليهما ولا الشهود بسبب القذف (لو اختلفَ الشهود في بلدِ الزنا) بأنْ شهد اثنان: أنَّه زنا بامرأة بالكوفة، وآخران: زنا بها بالبصرة، أمَّا في حقهما، فلاختلاف فعل الزنا باختلاف المكان، فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة، وأمَّا في حق الشهود؛ فلشبهة الاتحاد، ونظراً إلى اتحاد الصورة.

وعند زفر: يُحدُّ الشهود، والتقييد بالبلد اتفاقي؛ لأنَّ الحكم لا يختلف بالمكان إذا كان في غير بيت واحد.

(أوْ شهد أربعةٌ به)؛ أي: بالزنا (في بلدٍ في وقت، وأربعةٌ به في ذلك الوقتِ ببلدٍ آخرَ) لا يُحدُّ أحدٌ؛ للتيقن بكذب أحد الفريقين، ولا رجحان لأحدهما؛ لأنَّ الشخص الواحد لا يكون في ساعة واحدة في مكانين متباعدين، ولا يعرف الصادق مِنَ الكاذب، فيعجز القاضي عن الحكم بهما؛ للتعارض أوْ لتهمة الكذب، فَيرُدُّ الجميع، ولا يُحدُّ الشهود أيضاً؛ لاحتمال صدق كل فريق، وأمَّا إذا تقارب [أ/١٩٩] المكانان مع اتحاد الوقت؛ قُبِلت.

(وكذا)؛ أي: لا يحدُّ أحد (لو شهدَ أربعةٌ على امرأةٍ به)؛ أي: بالزنا (وهي بِكْرٌ)؛ أي: ثبت بَكَارتها بأنْ نظر النساء إليها، فقلن: هي بِكر؛ لا حدَّ عليهما، [ولا على الشهود، أمَّا عليهما][١]؛ فلظهور كذب

(١) سقط من: (ج).

الشهود؛ إذْ لا يُتَصور البِكَارة مع الزنا، وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال، وأمَّا على الشهود؛ فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا، وإنما امتنع حكم شهادتهم، باعتبار قولِهِنَّ، [وقولُهُنَّ](١) حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه، وكذا الحكم في الرتقاء(٢).

(أوْ هـمْ فسقة)؛ يعني: إذا شهدوا على رَجلٍ بالزنا، وظهر أنَّهم فُسَّاق، لا يُحدُّ أحدٌ، أمَّا الشهود؛ فلأنهم أهل للتحمل والأداء(٣)، وإن كان في أدائهم نوع قصور؛ لتهمة بالفسق(٤)، فباعتبار أهلية الأداء تثبت شبهة الزنا، وباعتبار قصور الأداء تثبت شبهة عدم الزنا، فلا يُحدُّ أحدٌ مِنَ المشهود(٥) عليهما والشهود.

(أوْ شُهودٌ على شهود)؛ أي: إذا شهدَ أربعةٌ على شهادة أربعةٍ بالزنا؛ لا يُحدُّ أحدٌ؛ لأنَّ في الشهادة على الشهادة زيادة الشبهة؛ لأنَّ احتمال الكذب فيها في موضعين: في شهادة الأصول، وشهادة الفروع.

[ولا يُحدُّ الفروع](٦)؛ لأنَّهم ما نسبوا المشهود عليه بالزنا، بل حَكَوا(٧) شهادة الأصول، وإنَّما رُدَّت شهادتُهُم؛ لنوع شبهة، وهي كافية لدرء الحدِّ.

(وإنْ) ـ وصلية ـ (شَهَدَ بهِ الأصُول بعدَ ذلك)؛ يعني: بعد الرَّدِّ، ولا تُقبلُ شهادتُهُم، ولا يُحدُّ أحدٌ أيضاً؛ لأنَّ شهادتهم قد رُدَّتْ في تلك الحادثة مِنْ وجه بردِّ شهادة الفروع؛ لأنَّهم قائمون مقامهم.

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).

(٢) الرَّتْقُ: ضد الفتق، والرَّتَقُ بالتحريك، مصدر قولك: امرأة رتقاء، لا يستطاع جماعها لارتتاق وانسداد ذلك الموضع منها.
الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٤/١٤٨٠.

(٣) في (ج): (للأداء).

(٤) في (ج): (الفسق).

(٥) في (أ) و(ب): (الشهود).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) في (أ): (حكموا).

(وحُدَّ المشهودُ عليه لوِ اختلفَ الشهودُ في زوايا البيت)، وهذا استحسان، والقياس: ألَّا يجب لاختلاف المكان، وجه الاستحسان: أنَّ التوفيق مُمْكن، بأنْ يكون ابتداء الفعل في زاوية، والانتهاء في زاوية أخرى[1] بالاضطراب والحركة.

(و) حُدَّ (الشهودُ فقط) حَدَّ القذف (لو كانوا عُمْياناً أوْ محدودِينَ) بكسر الدال الثانية (في قذفٍ)؛ لأنَّ شهادتهم لا تثبت المال، فكيف الحدَّ؟ قيَّد به؛ لأنَّهم لو كانوا محدُودِين بالزنا، أو الشرب، ثمَّ تابوا وصاروا عدولاً، تُقبلُ شهادتهم، أو كانوا (أقلَّ مِنْ أربعة) وقد وُجد الأربعة، (أوْ) أربعة (أحَدُهُم عبدٌ أو محدودٌ) في قذف.

(وكذا)؛ أي: يُحدُّ الشهود فقط (لوْ وُجِدَ أحدهُم عبداً أوْ محدوداً بعد حَدِّ المشهود عليه)، وإنَّما خص الحدَّ بهم؛ لعدم النِّصاب، أوْ عدم أهلية الشهادة تحملاً أو أداء، فلا يثبت الزنا، ويجب الحدُّ؛ لكونهم قاذفاً.

(ودِيَتُه في بيت المال إنْ رُجِم) المشهودُ[2] عليه بأنْ كان محصناً، فوجدوا أحدَ الشهود عبداً أوْ نحوه، فديَّة الرَّجمِ في بيت المال؛ لأنَّه حصل بقضاء القاضي، [وأخطأ منه][3]، وخطؤه في بيت المال؛ لأنَّ عمله يقع للمسلمين، فيجب غرمه في مالهم.

(وأَرْشُ): هو دِيَّة الجراحة[4] (جُرْحُ ضَرْبِه)؛ أي: ضرب القاضي المشهود عليه، (أوْ موْتِهِ منه)؛ أي: مِنَ الجُرحِ[5] (هَدْرٌ)؛ أي: لا يجب على الشهود ولا على بيت المال عند أبي حنيفة.

(وقالا: في بيت المال أيضاً)، وبه قالت الثلاثة.

---

(١) في (ج): (الأخرى).
(٢) في (ج): (الشهود).
(٣) سقط من: (ب) و(ج).
(٤) كتاب العين: ٦/٢٨٤.
(٥) في (ب): (الرجم) وفي (ج): (الجلد).

وطريق معرفة الأَرْشِ: بأنْ[١] يُقَوِّم المجلود عبداً سليماً مِنْ هذا الأثر وغير سليم، فينظر إلى [ما][٢] بينهما من التفاوت.

(وكذا الخلاف) [يُوهم أنَّ أَرْشَ الجُرحِ أوْ موته هدرٌ عنده، وعندهما: في بيت المال][٣] (لو رجع الشهود) وليس كذلك؛ إذْ[٤] في هذه المسألة لا يجب في بيت المال، بل يضمن الشهود.

وعندهما: على ما في الهداية وغيرها: فلو قال: وكذا لو رجع الشهود، وقالا: يضمنون، لكان أولى لهما[٥].

في الأولى: إنَّ فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي، فيجب في بيت المال لما مرَّ.

وفي الثانية: أنَّ الواجب بشهادتهم مُطْلق الضرب، فينتظم الجرح وغيره لعسر الاحتراز عنه، فيضمنون بالرجوع.

وله في الأولى: أنَّ الفعل الجارح لا ينتقل إلى القاضي؛ لأنَّه لمْ يأمر به.

[والثانية: أنَّ المستَحَقَّ بشهادتهم الضربُ المؤلمُ لا الجارح، ووقوعه إمَّا مِنْ ضَعْف المحل، أو مِنْ قلة هداية الضارب][٦]، فيقتصر على الجلاد إلَّا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح؛ كي لا يمتنع الناس عن إقامة الحدود لمخافة[٧] الغرامة.

❊ ❊ ❊

(١) في (ج): (أن).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ) و(ب): (أو).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢/٣١٥.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ج): (مخافة).

[رجوع الشُّهود بعد إقامة حدِّ الزنا]

(ولو رجعوا بعدَ الرَّجْم حُدُّوا)؛ أي: يُحدَّ كل واحد منهم حدَّ القذف.

[وقال زفر: لا يُحدُّون؛ لأنَّه إنْ كانوا قاذفي حيٍّ؛ فقد بطل بالموت، وإنْ كانوا قاذفي ميِّتٍ؛ فهو مرجوم بحكم القاضي، فيورِثُ ذلك شبهة.

ولهم: أنَّ الشهادة إنَّما تنقل قاذفاً بالرجوع؛ إذْ به تفسخ شهادتهم، فيجعل للحال قاذفاً للميت، وقد انفسخت الحجة، فيفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه][1].

(وغُرِموا الدِّيَة)؛ لأنَّهم أتلفوا النَّفس، وقوله: (وكلُّ واحدٍ رجَعَ، حُدَّ، وغُرِمَ رُبْعَها) فُهِمَ مِمَّا سبق.

وقال الشافعي: يجب القتل دون المال، بناءً على أصله في شهود القصاص[2].

(ولوْ رَجَعَ أَحَدُ خمْسَةٍ، فلا شيء عليه)؛ لأنَّ شهادة الأربع باقية.

(فإنْ رَجَعَ آخرُ) مع[3] الخامس (حُدَّا)؛ لانفساخ القضاء بالرَّجم [في حقهما][4] (وغُرِما) الراجعانِ مِنَ الخمسة (رُبْعَها)؛ أي: ربعَ الدِّيَة؛ إذْ بقي ثلاثةُ أرباع الحقِّ ببقاء الثلاثة على الشهادة؛ لأنَّ كمال العدد ليس بشرط للبقاء، بل يبقى لكلِّ رَجلٍ قسط، فصار عليهما الرُّبُع وعلى كل واحد مِنَ الراجعين حَدٌّ كامل؛ لأنَّ الحدَّ لا يتجزأ.

---

(١) من قوله: (وقال زفر) إلى قوله: (في حقه) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: مختصر المزني: ٤٢١/٨، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: ٤٦٤/٣.
(٣) في (أ) و(ب): (من).
(٤) سقط من: (ج).

(ولوْ رَجَعَ واحدٌ منهم قَبلَ القضاءِ حُدُّوا كُلُّهم).

وقال زفر: حُدَّ الرَّاجعُ خاصَّة؛ لأنَّ رجوعه صَحَّ في حقِّ نَفْسه لا في حقِّ أصحابه.

ولنا: إنَّ كلّاً منهم[١] قذف في الأصل، وإنَّما يصير شهادة باتصال القضاء، فأمَّا إذا لم يتصل القضاء به، بقي قذفاً، فيُحَدُّون.

(و) كذا (لوْ) رجع واحدٌ منهم (بعْدَ) القضاء (قَبْلَ) الإمضاء، ولو رجع واحد منهم بعده؛ أي: بعد القضاء قبل إقامة (الحَدِّ؛ فكذلك)؛ أي: يُحَدُّ كلُّهم.

(وعند محمد) يُحدُّ (الراجعُ فقط)؛ لأنَّ الشَّهادة تأكدت بالقضاء، فلا تنفسخ إلَّا[٢] في حق الراجع كما لو رجع بعد الإمضاء.

ولهما: إنَّ الإمضاء في باب الحدود ملحق بالقضاء.

(ولوْ شَهِدوا) بالزِّنا على محصن، (فَزُكُّوا، فَرُجِم) المشهود عليه به، (ثُمَّ ظهروا كفاراً أوْ عبيداً؛ فالدِّيَّة)؛ أي: دِيَّة المرجوم (على المُزَكِّينَ) ـ بكسر الكاف ـ (إنْ رجَعوا عَنِ التَّزكِية، وإلَّا)؛ أي: وإنْ لم يرجعوا، فظهر أنَّهم كفارٌ وعبيدٌ؛ (فعلى) [أ/٢٠٠] (بيت المال) عند أبي حنيفة.

(وقالا:) تجب الدِّية (على بيْتِ المالِ مطلقاً)؛ أي: سواءٌ رجعوا أوْ لم[٣] [يرجعوا][٤]، هذا إذا قالوا: تعَمَّدنا بالتزكية مع علمنا بهم.

وإذا قال المزَكُّون: همْ عدول، فظهروا عبيداً لا يضمنون اتفاقاً؛ لأنَّهم صادقون في ذلك؛ إذ الرِّقُّ لا ينافي العدالة.

(ولوْ قَتَلَ أحدٌ المأمورَ) مفعول قتل (بِرَجْمِه فَظَهروا)؛ أي: الشهود

---

(١) في (ب) و(ج): (كلامهم).
(٢) في (ب): (إلى).
(٣) في (ج): (لا).
(٤) سقط من: (ج).

(كذلك)؛ أي: [عبيداً أو كفاراً][(١)]؛ (فالدِّيَة في مالِ القاتِلِ)، والمراد به: قتله عمداً، بأنْ ضرب عنقه مثلاً بعد تعديل الشهود وقضاء القاضي به.

والقياس: أنْ يجب القصاص؛ لأنَّه قتل نَفْساً معصومةً بغير حق، وجه الاستحسان:

أنَّ القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل، فأورث شبهة الإباحة، بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء؛ لأنَّ الشهادة لم تَصِرْ[(٢)] حُجَّة بعدُ، وتجب الدِّية مِنْ ماله؛ لأنَّه عمدٌ، وسيأتي أنَّ العواقل لا تعقل دم العمد.

(ولوْ أقرَّ الشهودُ بتَعَمُّد النَّظر) إلى فَرْج الزاني [أو][(٣)] الزانية؛ (لا تُرَدُّ شهادتُهُم)؛ لأنَّه يُباح النَّظر لهم؛ لتحمل الشهادة، فأشبه الطبيب.

وقيل: لا تُقْبل؛ لأنَّ النَّظر إلى عورة الغير فِسْق.

ولو قالوا: تَعمَّدنا النَّظر للتلذذ لا تُقبل إجماعاً؛ لفسقهم.

(ولوْ أنْكَر) المشهود عليه بالزنا (الإحْصَان) بأنْ أنكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط (يثْبُت) الإحصان (بشهادةِ رَجُلَيْن، أوْ رَجل وامرأتين، أوْ) أنْكَر (ولادَةَ زوجتِهِ مِنْه)؛ أي: من هذا المُنْكِر، فيُرجَمُ عندنا خلافاً لزفر والشافعي[(٤)]، [فالشافعي][(٥)] مرَّ على أصله: أنَّ شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال.

وزفر يقول: إنَّه شرط في معنى العلَّة؛ لأنَّ الجناية تتغلَّظ عنده، فيضاف الحكم إليه، فأشبه حقيقة العلة، فلا تُقبل شهادةُ النساءِ فيه احتيالاً للدرء.

---

(١) في (ج): (عبيد أو كفار).
(٢) في (ب): (قصر).
(٣) سقط من: (أ) وفي (ج): (و).
(٤) ينظر: بحر المذهب: ٣٨/١٣.
(٥) سقط من: (أ).

ولنا[١]: إنَّ الإحصان عبارة عنِ الخصال الحميدة، وأنَّها مانعة عنِ الزنا، فلا يكون في معنى العلة.

❁ ❁ ❁

باب حد الشرب

أخَّرهُ عن الزنى؛ لأنَّ الزنا أقبحُ منه وأغلظُ عقوبة، وقدَّمهُ على [حدِّ][٢] القذف؛ لِيَتَيَقَّنَ الحرمة في الشارب دونَ القاذف؛ لاحتمال صِدْقه.

(**مَنْ**) مبتدأ، خبره [الآتي قوله][٣]: [الذمي][٤] حد (**شَرِب**) لفظُ (**مَنْ**) عامٌّ، فيشمل الذمِّيَّ وغيره، والحال أنَّه لا حدَّ على الذميِّ في شيء من الأشْرِبة.

(**خمراً**) وهي: [التي][٥] تكون من ماءِ العنبِ كما سيجيء.

(**ولوْ قطرةً**) واحدةً؛ لقوله ﷺ: «**حُرِّمَت الخَمْرُ لعينها**»[٦] لو هذه للوصل.

---

(١) في (ب) و(ج): (ولهم).
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) في (ج): (قوله الآتي).
(٤) سقط من: (أ) و(ج).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) أخرجه النسائي في السنن الكبرى عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ: «**حرمت الخمر بعينها...**»، كتاب: الأشربة، باب: ذكر الأخبار التي اعتل بها من أباح شرب المسكر، برقم: (٥١٧٤)، ١٠٨/٥، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الأشربة والحد فيها، باب: ما يحتج به من رخص في المسكر إذا لم يشرب منه ما يسكره والجواب عنه، برقم: (١٧٤٠٤)، ٥١٦/٨، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الأشربة، باب: في الخمر وما جاء فيها، برقم: (٢٤٠٦٧)، ٩٧/٥، وهو حديث صحيح موقوف على ابن عباس.
ينظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للهيثمي: ٥٣/٥.

(فأُخِذَ وريحُها)؛ أي: ريحُ الخمر (موْجودٌ) ولو قال: موجُودةٌ كما وقع في الهداية[١]، لكان [أولى][٢]؛ لأَنَّ الريح من المؤنثات السَّماعية، وهذه الجُملة الاسمية حال.

(أو جاؤوا به) حالَ كونه (سَكْران، ولو من نَبِيذ)؛ أي: [من][٣] نبيذٍ محرَّم كما سيجيء بيانه.

(وشهد بذلك)؛ أي: بالشُّربِ أو السُّكر (رَجلان) فيه إشارة إلى أن شهادة النِّساء غير مقبولة.

(أو أقرَّ به)؛ أي: بشربِ الخمرِ أو السُّكر[٤] من الأشربة المحرَّمة نبيذاً كان أو غيره (مرَّة) واحدة.

(وعند أبي يوسف: مرَّتين) وإن شهد أحدُهما بالشربِ والآخرُ بالإقرارِ لا يُحدُّ.

(ولو علم شُرْبَهُ) الإضافةُ إلى الفاعل أو المفعول[٥]؛ أي: شرب الخمر أو النبيذ.

(طوعاً) حال عن الفاعل أو مفعول مطلق؛ أي: شُرْبَ طوعٍ.

قال قاضيخان: يسأل القاضي عن الخمر، ما هي؟ كيفَ شرِب؟ ومتى شرِب؟ وأين شرِب؟

لاحتمال الكُره والتَّقادم، وكونه في دار الحرب[٦].

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢/٣٥٤.
(٢) سقط من: (أ).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ب): (المسكر).
(٥) أي: الضمير هاء في (شُربَهُ) إما أن يعود إلى الشخص (الشارب)، وإما إلى المشروب وهو الخمر.
(٦) ينظر: فتاوى قاضيخان: ٣/٩١.

(حُدَّ) جوابُ (مَنْ)[١] (إذا صَحَا)؛ أي: أفاق.

قال قاضيخان في شرح الجامع[٢] الصغير: لا يُحدُّ قبل ذهاب السُّكرِ؛ لأنَّه ربما يصحو، فيدَّعي شبهةً تمنعُ الحدَّ؛ ولأنَّ الزجر لا يحصل بإقامة الحدِّ قبل ذهابِ السُّكرِ؛ إذ الظاهر أنه لا يتألم حال السُّكر[٣].

(ثمانينَ سوطاً للحرِّ)؛ لإجماع الصحابة على ذلك[٤]، (وأربعين) سوطاً (للعبد)؛ لأَنَّ الرِّق منَصِّف.

وقال الشافعي: حدُّ الشربِ أربعون سوطاً، حراً كان أو عبداً[٥].

---

(١) في قول الماتن: (مَنْ شَرِب خمراً).

(٢) في (أ) و(ب): (جامع).

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية: ٣٥٦/٦.

(٤) أخرج البخاري عن السائب بن يزيد قال: «كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإِمْرَةِ أبي بكر وصدراً من خلافة عمر، فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا، حتى كان آخر إمرة عمر، فجلد أربعين، حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين»، كتاب: الحدود، باب: الضرب بالجريد والنعال، برقم: (٦٧٧٩)، ١٥٨/٨، وأخرج مسلم عن أنس بن مالك، أن النبي ﷺ أُتِيَ برَجل قد شرب الخمر، فجلده بجريدتين نحو أربعين، قال: وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس، فقال عبدالرحمن: أخف الحدود ثمانين، فأمر به عمر، كتاب: الحدود، باب: حد الخمر، برقم: (١٧٠٦)، ١٣٣٠/٣، وفي غير مسلم أن الذي أشار إلى سيدنا عمر ﷺ هو سيدنا علي ﷺ، أخرج مالك في الموطأ عن ثور بن زيد الديلي، أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له علي بن أبي طالب: نرى أن تجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، أو كما قال: فجلد عمر في الخمر ثمانين، كتاب: الأشربة، باب: الحد في الخمر، برقم: (٢)، ٨٤٢/٢، فبعد أن استشار سيدنا عمر ﷺ الصحابة في حد شارب الخمر أجمعوا على ثمانين سوط.

(٥) في كتب الشافعية: حد الخمر عندهم أربعون سوطاً للحر وعشرين للعبد، وإن رأى الإمام أن يبلغ بالحد في الحر ثمانين، وفي العبد أربعين جاز.
ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي: ٢٤٧/١، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: ٣٧١/٣.

(مفرقاً على بدنه)؛ لأنَّ تكرار الضرب بموضع واحد، [قد][(١)] يُفضِي إلى التلف.

وإنما قال: (كما في الزنى) تنبيهاً على أنَّه يتوقى المواضع التي استثنيت في حد الزنى وهي: الرأس، والوجه، والفَرْج، على الخلاف المذكور هناك.

ويُنزَع عنه الفرْوُ والحشْو، ويجرَّد عن ثيابه في المشهور عن أصحابنا؛ لأنَّ سَبَبَه متيقَّن به كحدِّ الزنا بخلاف حد القذف؛ لأن سبَبَه غيرَ متَيَقَّن به؛ لاحتمال أن يكون القاذف صادقاً فيه.

وعن محمد: لا يُجَرَّدُ إظهار التخفف بخلاف حد الزنا.

(وإن أقرَّ) بشرب الخمر (أو شهَدا عليه) اثنان (بعد زوال ريحها)؛ أي: ريح الخمر [لا لبعد المسافة][(٢)] (لا يُحدُّ) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(خلافاً لمحمد)، فإنه يحد عنده؛ لأنَّ التقادم يمنع قَبُول الشهادة بالاتفاق، غير أنه مقَدَّر بالزمان عنده، اعتباراً بحد الزنا.

وعندهما: يُقدَّر بزوال الرائحة؛ لقول ابن مسعود: «فإن وجَدتُّم رائحةَ الخمر فاجلدوه»[(٣)]؛ لأنَّ حد الشُّرب ثبت بإجماع[(٤)] الصحابة، ولا إجماع إلَّا برأي ابن مسعود، وقد شرط قيام الرائحة.

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ذكر الزيلعي: أنه غريب بهذا اللفظ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن أبي ماجد الحنفي بلفظ: (...فقال: ترتروه، ومزمزوه، واستنكهوه....) كتاب الأشربة والحد فيها، باب: ما جاء في إقامة الحد في حال السكر أو حتى يذهب سكره؟ برقم: (١٧٥٢٧)، ٨/٥٥١، وابن أبي شيبة في كتاب الحدود، ما جاء في السكران متى يضرب إذا صحا أو في حال سكره؟، برقم: (٢٨٦٢٥)، ٥/٥٢٤.

(٤) في (أ) و(ب): (باجتماع).

ورجَّح في غاية البيان قول محمد، فقال: والمذهب عندي في الإقرار ما قال محمد؛ لأَنَّ حديث ابن مسعود أنكره بعض أهل العِلْم[(١)].

وفي الفتح القدير[(٢)]: «قول محمد هو الصحيح»[(٣)].

و(**لا يُحَدُّ**) بالاتفاق (**من وجد منه رائحة الخمر، أو تقَيّأها**)؛ أي[(٤)]: علم بشرب[(٥)] الخمر بأحدِ هذين بلا إقرار أو شهادة؛ لأَنَّه يحتمل أَنَّه شربها مكرهاً، أو مضطراً، أو الرائحة محتملة أيضاً، فلا يُحدُّ بالشَّك.

(**أو أقرَّ ثمَّ رجع**) عما أقرَّ قبل إقامة الحد أو في وسطه؛ لأن حد الشرب حق الشرع، فيعمل فيه الرجوع.

(**أو أقرَّ**) حالَ كونه (**سكران**) ما لم يُبَيِّن أنَّ سكره من الأشربة المحرمة؛ لجواز كذبه في الإقرار بسبب السُّكر.

❊ ❊ ❊

[بيان معنى السُّكر الموجب للحد]

(**والسُّكرُ الموجبُ للحدِّ**)؛ يعني: [يحد][(٦)] على من سكر من غير الخمر.

(**أن لا يعرف**) السكرانُ (**الرَّجلَ من المرأةِ، و**) أن لا يعرف (**الأرضَ من السماءِ**) هذا حده عند أبي حنيفة؛ لأَنَّ الحدَّ عقوبةٌ، فيُعتبر في سببه

(١) قال أبو عبيد: «لأن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقراً بها الرد والإعراض وعدم الاستماع احتيالاً للدرء. ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٢٩/٥.
(٢) ينظر: خليج البحار: ص١٥٨.
(٣) فتح القدير للعاجز الفقير: ١٨٠/٤.
(٤) في (ج): (أو).
(٥) في (أ): (شرب).
(٦) سقط من: (ب) و(ج).

نهاية السُّكر احتياطاً للدرء، ونهايته: أن يُسْلبَ عنه التمييز وما دون ذلك، لا يعرى عن شبهة الصَّحو[١].

(وعندهما: أن يهْذيَ ويخلطَ كلامَه) بأن يخلط جِدَّه بهزله، ولا يستقر على شيء في صواب وخطأ، وهو المتعارف [أ/٢٠١].

وعن علي ﷺ أنه قال: إذا سَكَر هذى[٢].

(وبه)؛ أي: بقولهما (يُفتى).

اعلم أنَّ الخلاف في [حَقِّ][٣] الحدِّ، وأمَّا في[٤] [حَقِّ][٥] الحُرمةِ فقوله كقولهما؛ أخذاً بالاحتياط، حتى إن القَدَحَ الذي هذى عقِيبَه يكون حراماً اتفاقاً.

(ولو ارتدَّ السكرانُ لا تَبِيْنُ) منه (امرأتُه)؛ لأنَّ الكفرَ يتعلق بالاعتقاد فلا يتحقق مع السُّكر[٦].

وعند أبي يوسف: ارتداده كفر.

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) في (ج): (الصحة).

(٢) أخرجه مالك عن ثور بن زيد الديلي، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، كتاب: الحدود والسرقة، باب: الحد في الشرب، برقم: (٧١٠)، ٢٤٧/١، والحاكم عن وبرة الكلبي في كتاب الحدود، حديث شرحبيل بن أوس، برقم: (٨١٣١)، ٤١٧/٤، والدارقطني عن ابن وبرة الكلبي في كتاب الحدود، برقم: (٣٣٢١)، ١٩٦/٤، وذكر الحاكم: أنه حديث صحيح الإسناد ولم يخرِّجاه.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (أ): (جده).

(٥) سقط من: (أ).

(٦) في (ج): (بالسُّكر).

باب حد القذف

[تعريف القذف لغة واصطلاحاً]

هو في اللغة: عبارة عن «الرمي مطلقاً»[١].

وفي الشَّرع: الرمي بالزنا صريحاً[٢].

(هو كحدِّ الشُّرب كَمِّية)؛ أي: عدداً، وهو ثمانون جلدة للحُرِّ ونصفها لغيره[٣].

(وثبوتاً) حيث يثبت كل منهما بشهادة رَجلين، ولا تُقبل فيه شهادة النساء كما في سائر الحدود[٤].

(فمن قذف)؛ أي: سَبَّ وهو حرٌّ مكلفٌ (محصناً، أو) امرأةً (محصنةً بصريحِ الزنى) بأن قال: زنيتَ، أو أنتَ زانٍ، أو يا زاني، ونحو ذلك من صريح الزنا، والظرف متعلق بقوله: (قذف)، واحترز به عن الكناية كما إذا قذف رَجلٌ محصناً بزنيت، فقال آخر: صدقتَ لا يحدُّ المصَدِّق؛ لجواز[٥][٦] كون التصديق في غير هذا القول.

(١) دستور العلماء جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: ٣/٤٧.
(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/١٩٩.
(٣) لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].
(٤) في (ج): (الحد).
(٥) في (ب) و(ج): (بجواز).
(٦) في (ج): (أن يكون) ولعلها زائدة.

(حُدَّ بطلب المقذوف) ولو كان غائباً عن مجلس القاذف حال القذف، [ولو][1] لم يطلبه لا يحد إلا أن يطلب غير المقذوف الذي يقع القَدْحُ في نسبه كابن المقذوف، حده[2] الحاكم أيضاً حدّاً (متفرقاً) على بدنه؛ كيلا يهلك.

(ولا يُنزَعُ عنه)؛ أي: عن القاذف (غيرَ الفروِ والحَشْوِ)؛ لأنَّهما يمنعان عن وصول الألم، ولا ينزع غيرهما إظهاراً للتخفيف؛ لأَنَّ سَبَبَه غيرَ مقطوعٍ به؛ لاحتمال كون القاذف صادقاً بخلاف حد الزنى والشرب؛ لأَنَّ سبَبَهُمَا متيَّقَن به، ولمَّا كان معنى الإحصان ههنا مغايراً لمعنى الإحصان في الزنا بينه بقوله: (وإحصانه)؛ أي: المقذوف (كونه مكلَّفاً)؛ يعني: عاقلاً بالغاً، وإِنَّما اشترط ذلك؛ لأَنَّ العار لا يلحق الصبيَّ والمجنون؛ لانتفاء الزنا منهما.

(حراً مسلماً)؛ لقوله ﷺ: «من أشرك بالله، فليس بمحصن».

(عفيفاً)؛ أي: عارياً (عن الزنا)؛ فإن غيرَ العفيف لا يلحقه العار، وأيضاً القاذف صادق فيه.

قوله: (عن الزنا)، احترازاً عن الوطء الحرام في المِلْكِ، فإنَّه لا يخرج الواطئ[3] عن أن [يكون][4] محصناً.

(ولو نفاه)؛ أي: نسب غيره (عن أبيه بأن قال: لستَ لأبيك، أو) قال: (لستَ بابنِ فلان) وهو؛ أي: فلانٌ أبوه ولو قال: إذا كانت أمُّه[5] محصنة لكان أولى؛ لأنَّ المقذوف بالزنا في الصورتين المذكورتين الأُمُّ، والمعتبر إحصان المقذوف لا إحصان من يطلب الحد (إن) كان النفي (في

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) في (ج): (حد) دون هاء.
(٣) في (ج): (الوطء).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) في (أ): (أمة).

غضب حُدَّ)؛ لأنَّه يُراد به الحقيقة في حالة الغضب، (وإلَّا)؛ أي: وإن لم يكن في الغضب؛ (فلا)؛ أي: لا يحدُّ؛ لأَنَّ نفي النَّسب في غير الغضب يحتمل[١] المعاتبة بنفي مشابَهَتِه أباهُ في المروءة والسَّخاء، فلا يحد مع الاحتمال.

(ولا يُحدُّ لو نفاه عن جَدِّه)؛ لأنَّه صادق في كلامه، فإنَّه ابن أبيه حقيقة.

(أو نَسَبَهُ إليه)؛ [أي][٢]: إلى الجد (أو نَسَبه إلى عمه، أو خاله، أو رابِّهِ) بتشديد الباء هو الذي ربَّاهُ؛ لأَنَّ كل واحد منهم [يُسمَّى][٣] أباً مجازاً.

(أو قال) لرَجل: (يا ابن ماء السَّماء)، فإنَّ في ظاهره نفي كونه ابناً لأبيه، وليس المراد ذلك، بل التشبيه في الجود، والسَّماحة، والصفاء.

(أو قال لعربي: يا نبطي) «النَّبَطُ: جيل من الناس في سواد العراق»[٤]، يختصون بأخلاق الذِّمِّيَة وعدم الفصاحة، فيحتمل أن يراد به التشبيه في البلاهة، وعدم الفصاحة.

(أوْ) قال لعربي: (لستَ بعربي)، ففي هذه الصُّور لا يكون قاذفاً، فلا يُحَدُّ.

(وَيُحدُّ) القاذف (بقذف الميِّتِ المحصَنِ إنْ طالبَ به الوالد) أو الجد وإنْ علا.

(أوْ) طالب (ولدُهُ، أوْ ولدُ ولدِهِ) وإن سفل؛ لأَنَّ العار يلحق بهم بسبب الجزئية، فيتناولهم القذف معنى.

---

(١) في (أ) و(ب): (محتمل).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) المغرب: ٤٥٣/١.

وعند الشافعي: حد القذف يورث، فيثبت لكل وارث حق المطالبة[١].

(ولو) كان الطالب (محروماً عن الإرث) بالقتل، أو الكفر، أو الرِّق، فإن المقذوف إذا كان محصناً؛ جاز لابنه الكافر أو العبد، أن يطالب بالحد خلافاً لمحمد.

ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لزفر فيهما.

(وكذا)؛ أي: يحد القاذف لو كان الطالب (ولدُ البنت)، فإنَّ له المطالبة؛ لتحقق الجُزْئِيَّة (خلافاً لمحمد) فإن عنده: لا يطالب إلَّا من يرث بالعصوبة.

(ولا يطالبُ ولدٌ أباهُ، ولا) يطالب (عبدٌ، سيِّدَهُ بقذفِ أُمِّهِ) الحُرَّة المسلمة؛ إذ لا يُعاقَبُ الأبُ لابنِهِ، ولا المولى لعبده، فلو كان لها ابن من غيره له الطلب؛ لوجود السبب وانتفاء المانع، وهو كونه أباً له.

(ويبطل) حدُّ القذف (بموت المقذوف)؛ لأَنَّ الإرْثَ يجري في حقوق العباد لا في حق الشرع، وههنا حق الشرع غالبٌ عندنا.

وعند الشافعي: لا يبطل؛ لأَنَّ حق العبد غالب فيه عنده[٢].

(لا بالرجوع)؛ أي: لا يبطل الحد برجوع القاذف (عن الإقرار)؛ لأَنَّ للمقذوف فيه حقاً، فيكذبه في الرجوع بخلاف حدود هي خالص حق الله تعالى؛ إذ لا مكذب له فيها.

(ولا يصِحُّ العفو)؛ لأنَّه حق الشرع، ولوْ عفى لم يكن للإمام أن يحُدَّ؛ لفوت الطلب لا لصحة العفو، ألا يُرَى أنه لو عاد وطلب يُحدُّ؛ لأَنَّ ذلك العفو [كان][٣] لغواً.

---

(١) ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: ٢٤٩/١، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: ٥٩/٥.

(٢) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٤٠٧/١٠.

(٣) سقط من: (ج).

(ولا الاعْتِياضُ عنه)؛ أي: لا يَصِح أخذُ العوض عن حدِّ القذف؛ لأنَّ الاعتياض يجري في حقوق العباد.

(ولو قال:) لرَجل (زنَأْتَ في الجبلِ، وعنى: الصُّعودَ؛ حُدَّ) عند الشيخين؛ لأنَّ معناه: زنَيْتَ في الجبلِ، فإنَّه كما جاء ناقصاً جاء مهموزاً أيضاً (خلافاً لمحمد) والشافعي[1]؛ لأَنَّ المهموز منه للصعود حقيقة، وذِكْرُ الجبل يقرِّرُهُ مراداً.

ولهما: إنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً؛ لأنَّ من العرب من يهمز المُليَّن كما يُلَيِّن المهموز، وحالة الغضبِ والسِّبابِ تُعَيِّنُ الفاحشةَ مراداً، وذكر الجبل إنَّما يُعَيِّنُ الصُّعودَ مراداً إذا كان مقروناً بكلمة على؛ إذ هو المستعمل فيه.

(وإن قال) رَجلٌ لآخرَ: (يا زاني، وعَكَسَ) عليه الآخَرُ بأنْ قال: بلْ أنت؛ (حُدَّا)؛ أي: الأول والثاني؛ لأنَّ كل واحد منهما يكون قاذفاً لصاحبه فَيُحَدَّان.

(ولو قال) رَجل (لامرأته، وعكَسَتْ) امرأته بأنْ قالت: بلْ أنت؛ (حُدَّتْ) المرأةُ فقط، (ولا لعان) [أ/٢٠٢]؛ لأنَّ كل منهما قذف الآخرَ، وقذفُهُ يوجب اللِّعان، وقذفها يُوجب الحَدَّ، فيبدأ بالحد؛ لأنَّ في بدايَتِهِ فائدة إبطال اللِّعان؛ لأنَّ المحدود في القذف ليس بأهل اللِّعان، ولا إبطال في عكسه؛ لأنَّ الملاعنة تحد حد القذف؛ لأنَّ إحصانه لا يبطل اللِّعان، والمحدودة في القذف لا تلاعن؛ لسقوط الشهادة، فيحتال لدفع اللعان؛ لأنَّه في معنى الحد.

(ولو قالت:) المرأة في مقابلة قوله: يا زانية (زنيت بك؛ بَطَل الحَدُّ أيضاً)؛ أي: بَطَل الحد واللِّعان معاً ـ؛ لاحتمال أنَّها تريدُ بهذا القول حقيقة الزنا؛ أي: زنيت بك[2] قبل النكاح، فلم تكن عفيفة، فسقط

(١) ينظر: الحاوي الكبير: ١٠٨/١١، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: ٤٠٩/١٢.
(٢) في (أ) و(ب): (معك).

اللعان، وإن تريد المعنى المجازي؛ أي: زنيت بك بعد النكاح؛ سَمَّت[(١)] التمكين الذي بعد النكاح زنا؛ لتؤذيَه كما أنَّه آذاها بالقذف، فلم تكن[(٢)] مُقِرَّة بالزنا، فلا يجب الحد.

(وإن أقرَّ) رَجلٌ (بولدِهِ) بأن قال: هو ابني (ثم نفاه)؛ أي: [نفى][(٣)] نسبه منه بأن قال: ليس بابني؛ (يلاعن)؛ لأنَّ النسب لزمه بإقراره، وبالنفي بعده صار قاذفاً، فيلاعن.

(وإن عكس) بأن نفاه أولاً، ثم أقر به (حُدَّ)؛ لأنَّه لمّا أكذب نفسه بطل اللعان، فيجب الحد، (والولد له)؛ أي: للرَّجل؛ يعني: يثبت نسب الولد منه (في الوجهين)؛ لإقراره سابقاً أو لاحقاً.

(ولا شيء)؛ يعني: لا حدَّ ولا لِعَان (إن قال: ليس بابني، ولا بابنكِ)؛ لأنَّه أنكرَ الولادة أصلاً، وإنكارُ الولادةِ إنكارٌ بالزنا، فلم يصر قاذفاً لها.

(ولا حَدَّ بقذف امرأةٍ لها ولدٌ لا يُعْلَم لهُ أبٌ)؛ لقيام أمارة الزنا منها، وهي ولادةُ ولدٍ لا أبَ له، ففاتتِ العِفَّة نظراً إليها.

(أوْ) بقذف امرأةٍ (لاعَنَتْ بولد)؛ أي: بسببه بأن كان اللِّعان بينها[(٤)] وبين زوجها، بنفي ولدٍ، والولدُ حيٌّ، أو قذفها بعد موت الولد لقيام أمارة الزنا منها كما مرَّ.

(بخلاف من لاعنت بغيره)؛ أي: بغير نفي الولد حيثُ يُحَدُّ قاذفها؛ لانتفاء الأمَارة.

(ولا) حَدَّ (بقذفِ رَجلٍ وطئ حراماً لعينه، كوطءٍ في غيرِ مِلْكِهِ مِنْ

---

(١) في (ج): (سميت).

(٢) في (ب) و(ج): (يكن).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (أ): (بينهما).

كل وجه) كأجنبية محَرَّمة عليه؛ لفوات العِفَّة، وهي[(١)] شرط الإحصان؛ ولأنَّ القاذف [صار][(٢)] صادقاً فيه.

(أوْ مِنْ وجه، كوطءِ أمَةٍ مشْتَرَكَة) بينه وبين غيره، فإنَّ الوطء حرامٌ لعينه في الصُّورتين، والأصل: أنَّ من وطئ حراماً لعينه لا يجب الحد بقذفه.

(أو ممْلُوكةٍ حُرِّمَت عليه أبداً، كأمَتِه التي هي أخته رضاعاً)؛ لأنَّ العفة عن الزنا شرط لإحصان المقذوف، وقد فاتت فيمن وطئ المُحَرَّم لعينه.

(ولا) حد (بقذف مُسْلم زنى في) [حال][(٣)] (كفرهِ) سواء كان في دار الحرب أوِ الإسلام؛ لتحقق الزنا منه شرعاً؛ لانعدام المِلْك، والزنا حرام في جميع الأديان.

(أو مكاتَبٍ وإنْ) ـ وصلية ـ (كان مات عن وفاءٍ)؛ أي: تركة مال][(٤)] يفي ببدل كتابته؛ لأنَّ الحد إنَّما يجب بقذف الحرِّ، وفي حرِّيَة هذا المكاتب اختلاف الصحابة.

(ويُحد بقذف من وطئ حراماً لغيره، كوطء أمته المَجوسِية، أو) وطئ (امرأتَهُ، و) الحال (هي حائضٌ)؛ لأنَّ الحرمة مع قيام المِلكِ وهي مؤقَّتة، فكانت الحرمة لغيره، فلم يكن [زنا][(٥)].

(وكذا وطئ مكَاتبته خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى)؛ لأنَّ عنده وطء المكَاتَبة يُسقط الإحصان، وهو قول زفر؛ لأنَّ المِلكَ زائلٌ في حقِّ الوطءِ، ولهذا يلزمه العقر بالوطء.

---

(١) في (أ) و(ب): (وهو).
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ) و(ب): (إن ترك مالاً).
(٥) سقط من: (ج).

ونحن نقول: مِلكُ الذَّات باقٍ، والحرمة لغيره؛ إذْ هي مؤقتة.

(ويُحدُّ من قذف مُسْلماً كان قد نَكَح محْرَمه في) حال (كفره) عند أبي حنيفة (خلافاً لهما)، فإنَّه لا يُحدُّ عندهما، وهذا بناءً على أنَّ تزوجَ المجوسي بالمحارم له حكم الصِّحة فيما بينهم عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

(وَيُحدُّ مستأمنٌ قذفَ مُسْلماً في دارنا)؛ لأنَّ فيه حق العبد وقد التزَمَ إيفاء حقوق العباد.

اعلمْ أنَّ المستأمن يُحدُّ للقذف فقط عندهما، وعند أبي يوسف: يجب عليه سائر الحدودِ غيرَ حد الخمر.

(ويكفي حَدٌّ) واحدٌ (لجناياتٍ اتَّحَدَ جنسها) كما إذا زنى مراتٍ متعددة فحد مرَّة تكون عن الجميع.

(لا)؛ أي: لا يكفي (إن اختلف) جنسها، كما إذا قذف، وزنى، وشرب؛ يُحَدُّ لكل واحد؛ لعدم حصول المقصود بالبعض لاختلاف الأسباب.

[فروع: حُكِيَ عن ابن أبي ليلى كان قاضياً بالكوفة، فسمِعَ يوماً رَجلاً يقول عند باب مسجده لرَجل: يا ابن الزانِيَيْن، فأمرَ بأخذه، فأُدخلَ المسجد، فضربه حَدَّيْنِ ثمانينَ ثمانين؛ لقذفه الوالدَيْن[1]، فبلغ ذلك أبا حنيفة فقال: يا للعجب من قاضي بلدنا قد أخطأ في مسألة واحدة من خمسة أوجه:

حدَّهُ من غير خصومةِ المقذوف، وضربه حدَّيْن، ولا يجب عليه إلَّا حَدٌّ واحد، ولو قذف ألفاً، وَوَالى بين الحَدَّيْن، والواجبُ أنْ يفصلَ بينهما بيومٍ أوْ أكثر، وحدَّهُ في المسجد، وقد قال ﷺ: «جنِّبوا صِبيانكم مِنْ

(١) في (ب): (فقذف) ونظنها زائدة.

مساجدكم، ومجانينكم، وسَلَّ سيوفكم، وإقامة حدودكم»(١)، والخامس: ينبغي أن يكشف(٢) أن المقذوفَيْنِ حَيَّيْنِ أوْ مَيِّتَيْنِ؛ ليكون الخصومة إليهما أو إلى ولدِهِما(٣).

وإن اجتمعتْ على واحدٍ أجناسٌ مختلفةٌ بأن قذف، وزناً، وشرب، وسرق، يقام عليه الكل، ولا يوالى بينها؛ خِيفة الهلاك، بل ينتظر حتى يبرأ مِنْ الأول، فيبدأ بحد القذف أَوّلاً؛ لأنَّ فيه حق العبد، ثُمَّ الإمامُ بالخيار إن شاء بدأ بحد الزنا، وإن شاء بالقطع؛ لاستوائهما في القوة؛ لثبوتهما بالكتاب، ويُؤخِّر حد الشرب؛ لأَنَّه أضعف منهما، ذكره الزيلعي](٤)(٥).

❊ ❊ ❊

فصل
في التعزير

[تعريف التعزير لغة واصطلاحاً]

في الكَشَّاف العَزْرُ: «المَنْعُ، ومنه التعزير للتأديب؛ لأنَّه منع من معاودة القبيح»(٦).

---

(١) أخرجه ابن ماجه عن واثلة بن الأسقع، كتاب: المساجد والجماعات، باب: ما يكره في المساجد، برقم: (٧٥٠)، ٢٤٧/١، وعبد الرزاق في مصنفه عن معاذ بن جبل ﷺ، كتاب: الصلاة، باب: البيع والقضاء في المسجد وما يجنب المسجد، برقم: (١٧٢٦)، ٤٤١/١، وهو حديث ضعيف.
ينظر: البدر المنير: ٥٦٥/٩.
(٢) في (أ): (يكشفان).
(٣) ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٤٧٧/٢.
(٤) من قوله: (فروع) إلى: (ذكره الزيلعي) سقط من: (ج).
(٥) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٠٧/٣.
(٦) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل: ١٦٦/٢.

وفي الشرع: تأديبٌ على ذَنْبٍ ليس فيه حَدٌّ، وهو قد يكون بالحبس، أو الصَّفْع، أو تعريك الأُذُن، أو الكلام العنيف، أو نظرِ القاضي إليه بوجهٍ عبوس، أو الضرب.

وفي النِّهاية: التعزير على أربع مراتب:

تعزير الأشراف، كالدهاقنة[١]، ورؤساء[٢] العساكر[٣]، وكبار التجار، ونحوها: الإعلام، والجر إلى باب القاضي.

وتعزيرُ أشرافِ الأشرافِ، كالفقهاء، والعلوية، والصلحاء: الإعلام فقط، وهو أن يقول القاضي: بلغني أنك فعلت كذا، فلا تفعل، وتعزيرُ الأوساطِ كالسوقية: الإعلام، والجر، والحبس، وتعزيرُ الأخسَّاءِ[٤]: تلك الثَّلاثة مع الضَّرب[٥].

وفي الزاهدي[٦]: التعزير بالشتم مشروع، ولكن بعد أن يكون قذفاً[٧].

❊ ❊ ❊

[الألفاظ التي توجب التعزير]

(يعزَّرُ من قذف مملوكاً) مطلقاً سواء كان [أ/٢٠٣] وافراً أو ناقصاً، عبداً كان أوْ أمة.

---

(١) الدهقان: رئيس القرية، والقوي على التصرف مع شدة الخبرة، ومن له مال وعقار. المعجم الوسيط: ٣٠٠/١.

(٢) في (أ) و(ب): (ورأسا).

(٣) في (ج): (عساكير).

(٤) في (أ): (الأخسأ).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٠٨/٣.

(٦) ينظر: خليج البحار: ص١٩٣.

(٧) لعل العبارة الصحيحة كما هي نصّاً: (التعزير بالشتم مشروع، ولكن بعد أن لا يكون قاذفاً).
ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٤٤/٥.

(**أو كافراً، بالزنا**) بأن قال: يا زاني أو زنيت ونحوهما؛ لأنَّه جناية قذف، [وقد][1] امتنع وجوب الحد؛ لفقد الإحصان، فوجب التعزير.

(**أو قذف مسلماً**) المُسْلم إذا شتم الذمِّيَّ يعزر، وإنَّما خُصَّ المُسْلم هنا بالذِّكر؛ لمكان قوله: (**بيا فاسق**) وهو ليس بفاسق، وإنْ كان معلوم الفسق لا يعزر، ولو قاله فارّاً وإثباته لدفع التعزير؛ لا يسمع؛ لأنَّه شهادةٌ على الجرح المجرَّد.

(**يا كافر**) هو ضد الإيمان، وقد يجيء بمعنى: جحود النعمة، فحينئذ يكون ضد الشكر، فالأحسن أن يقول: يا كافر بالله، احترازاً عمَّا قال بعضهم: إنه لو قال: يا كافر؛ لم يجب عليه التعزير.

(**يا خبيث**) ضد الطَّيب.

(**يا لص**) وهو ليس بلص، وإلَّا لا يعزر.

(**يا فاجر**) الفِسْقُ والفُجور، الخروج عن طاعة الله تعالى[2].

(**يا منافق، يا لوطِيّ**) قال في المبسوط: «وإذا قال: يا لوطي؛ لا حَدَّ عليه بالاتفاق؛ لأنَّه نسبه إلى نبي من أنبياء الله تعالى[3]، فلا يكون هذا اللفظ صريحاً في القذف، فأمَّا إذا أفصَح بنسبة إلى ذلك الفعل، فعند أبي حنيفة: يعَزَّر، ولا يُحَد؛ لأنَّه نسبه إلى فعل لا يلزمه الحد بذلك الفعل عنده.

وعندهما: يلزمه حد القذف؛ لأنَّه نسبه إلى فعل يستوجب بمباشرته الحد عندهما»[4].

والصَّحيح: أنَّه يعزر.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) دستور العلماء: ٢٢/٣.
(٣) وهو سيدنا لوط عليه السلام.
(٤) المبسوط، للسرخسي: ١٠٢/٩.

(يا من يلعبُ بالصِّبيان، يا آكل الربا، يا شارب الخمر، يا دَيُّوث) هو الذي لا غيرةَ له مِمَّن يدخل على امرأته، **(يا مخَنَّثْ)** هو الذي يُؤْتى كالمرأة.

(يا خائن، يا ابن القحبة) في الفتاوى الظَّهيرية[(١)(٢)]: القحبة الزانية، مأخوذ من القِحاب، وهو السعال[(٣)]، وكانت الزانية في العرب، إذا مرَّ بها رَجل سَعَلت؛ ليقضيَ منها حاجته، فسُميت الزانية لهذا قحبة[(٤)].

وقيل: هي من تكون[(٥)] هِمَّتُها الزنا.

وقيل: أفحَشُ من الزانية؛ [لأنَّ الزانية][(٦)] [قد][(٧)] تفعل سراً وتأنف منه، والقحبة من تجاهِر به بالأجرة.

(يا ابن الفاجِرة)، فإنَّها من تباشر كل معصية، فلا يكون في معنى الزانية ولا في حكمه، فلا حَدَّ به.

(يا زنديق) وهو الذي يُبْطِن الكفر ويُظْهِر الإسلام[(٨)].

(يا قُرْطُبان) هو معرب قَلْتَبان مرادف ديُّوث[(٩)].

(يا مأوى الزَّوَاني) وهو الذي يأوي إليه النساء الزانيات.

(أوْ يا مأوى **(اللُّصُوص، أوْ يا حرام زاده)** معناه: المُتَولد من الوطء الحرام، وهو أعمُّ مِنَ الزنا، كالوطء حالة الحيض، وفي العرف: لا

---

(١) في (ج): (الظهرية).
(٢) ينظر: خليج البحار: ص١٨١.
(٣) تهذيب اللغة: ٤٧/٤.
(٤) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٧٦/٢.
(٥) في (أ) و(ب): (يكون).
(٦) سقط من: (أ) و(ب).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) القاموس المحيط: ٨٩١/١.
(٩) تاج العروس: ٢٨/٤.

يُرادُ إلَّا ولدُ الزنا، وكثيراً ما يرادُ [به][١]: الخَسِيس[٢] اللئيم، فلا حَدَّ [به][٣] وإنَّما يُعَزَّر فيها؛ لأنَّه آذى مسلماً وألحَق الشَّينَ به، ولا مدخل للقياس في الحدود، فيوجب التعزير[٤].

❀ ❀ ❀

[الألفاظ التي لا توجب التعزير]

(لا)؛ أي: لا يعزَّرُ **(بيا حمار، يا كلب، يا قرد)** يا تِيْس، التِّيس: [هو][٥] الذَّكرُ من المعز، [والجمع: تيوس وأتياس، ويقال للذَّكر من الظبأ أيضاً: التيس[٦]، وللأنثى عنز][٧][٨].

(يا خنزير، يا بقر، يا حَيَّة) يا ذئب؛ لأنَّه كاذب قطعاً، فلا يلحقه شَيْن.

(يا حَجَّام يا ابن الحَجَّام، وأبوه ليس كذلك)؛ أي: ليس بحَجَّام.

(يا بغَّاء) وهو على وزن فعَّال بالتشديد من البغي؛ بمعنى: الظلم، وبمعنى: الزنا، وفي عرف النَّاس البغاء: [هو][٩] المخَنَّث، فقول الدرر: «فإنَّه من شَتْم العوام ولا يقصدون به معنى معيناً»[١٠] فيه نظر.

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) في (أ): (جده).

(٣) سقط من: (أ) و(ب).

(٤) وذلك لأنَّ الحدود تدرأ بالشبهات.

(٥) سقط من: (أ) و(ب).

(٦) في (ب): (تيس).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) المحكم والمحيط الأعظم: ٨/ ٥٦٨.

(٩) سقط من: (ج).

(١٠) درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢/٧٧.

(يا مؤاجر) فإنَّه يستعمل فيمن يؤاجر أهله للزنا، لكنَّه ليس معناه الحقيقي المتعارف، بل بمعنى المؤجِّر، فلا تعزير فيه.

(يا ولدَ الحرام، يا عيَّار) وهو الذي يتردَّدُ بغير عمل.

(يا ناكَسْ) على وزن فَاعَل لفظ عجمي[(١)]، والنُّون في أولِهِ للنفي والكاف منه مفتوح، ولفظ كَس؛ بمعنى: الآدمي، فمعنى: القذف به سَلْب الآدمية من المقذوف.

(يا منْكُوس، يا سُخْرَة، يا ضُحْكَةُ) «بوزن الصُّفرة من يَضْحَكُ عليه النَّاس، وبوزن[(٢)] الهُمَزَةِ مَنْ يَضْحَكُ على النَّاس»[(٣)]، وكذا السُّخْرة ونحوه.

(يا كَشْحَان) بالحاء المهملة ليس من كلام العرب، قيل: هو على وزن فِعلان بكسر الفاء، معناه: الدَّيوث الذي لا غيرة له[(٤)].

قال ابن الهمام[(٥)]: والحق ما قاله بعض أصحابنا: إنَّه يُعزَّر فيه، فما في المتن مشكل[(٦)].

(يا أبله) البله: الغفلة[(٧)].

(يا مُوَسْوِس) بكسر الواو الثانية، ولا يقال: بالفتح، ولكنْ يوَسْوَس له وإليه؛ [أي: تلقى إليه الوَسْوَسة[(٨)].

---

(١) في (أ): (عجم).
(٢) في (أ): (ويوزن).
(٣) التعريفات: ١٣٧/١.
(٤) المغرب في ترتيب المعرب: ٤٠٩/١.
(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٥٨.
(٦) الماتن ذكرَ جملةً من الألفاظ التي لا تعزير فيها، ومن هذه الألفاظ (ياكَشْحَان)، ولكنَّ العلامة ابن الهمام ذكر أنه فيه التعزير. فتح القدير: ٢١٤/٤.
(٧) شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم: ٦٢٧/١.
(٨) المغرب في ترتيب المعرب: ٤٨٤/١.

وقال [أبو][(١)] اللَّيث: «الوَسْوَسَة: حديثُ النَّفس، وإنَّما قيل له: مُوَسْوِس[(٢)]؛ لأنَّه يحدث بما في ضميره»[(٣)].

وقيل: في عُرفنا يُعزَّر بيا حمار ونحوه؛ إذْ يراد [به][(٤)] الشتم، ويتأذون به.

(واستحسنوا تعزيرهُ إذا كان المقول له فقيهاً)؛ لأنَّه يُعَدُّ سبّاً في حقهم، وتلحقهم[(٥)] الوحْشَة بذلك.

[هذا][(٦)] إذا كان على وجه المزاح، وأمَّا لو كان[(٧)] على وجه الحقارة، فيكفر؛ لأنَّه إهانة، وبإهانة العلماء يكفر، وهو المختار، وبه أخذ الفقيه.

(أو علويّاً) أو صالحاً.

(وللزوجِ أنْ يعزِّر زوجته لترك الزِّينة) إذا كانت قادرةً عليها.

(وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه)، ولم يكن بها حيض ولا نفاس، والمراد بالإجابة: التَّمكِين من الوطء؛ لأنَّ الدعوة إلى الفراش كناية عن الوطء.

(وترك الصلاة) هذا مخالف لما في الدرر[(٨)].

(وترك الغُسْل من الجنابة، وللخروجِ من بيته) بغيرِ إذنه، هذا إذا

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (يوسوس).
(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٢٢٤/٤.
(٤) سقط من: (أ).
(٥) في (ج): (يلقيهم).
(٦) سقط من: (أ).
(٧) في (أ): (قال له).
(٨) حيث ذكر في الدرر: «أنه لا يَعَزِّرُ الزوج زوجته على ترك الصلاة». درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٧٧/٢.

قبَضَت مهرها أو وهبته منه، وأمَّا قبلَ القبض لها أنْ تخرج في حوائجها وأنْ تزور أبويها وسائر محارمها بغير إذن الزوج.

❊ ❊ ❊

[بيان مقدار التعزير]

(وأقلُّ التَّعزير ثلاثةُ أَسْواط)؛ لأنَّ بما دونها لا يحصل الزَّجْر.

(وأكْثرَه تسعةٌ وثلاثونَ) سوطاً عند أبي حنيفة؛ لأنَّ التعزير ينبغي أنْ لا يبلغ حَدَّ الحَدِّ، وأقلُّ الحَدِّ: أربعون، وهو حدُّ العبد في القذف والشرب.

(وعند أبي يوسف: خمسةٌ وسبعونَ) سوطاً، وهو اعتبر حدَّ الأحرار؛ لأنَّهم الأصول، وهو ثمانون، ونقَّصَ عنها خمسة.

وفي رواية: سوط واحد، وهو قول زفر.

وقول محمد مضطرب في بعض الكتب مع أبي حنيفة، وفي بعضها مع أبي يوسف.

[ثم ذكر مشايخنا: أنَّ أدناه مفوضٌ إلى رأي الحاكم يقَيِّم بقَدْر ما رأى المصلحة فيه.

وعن أبي يوسف][(١)]: أنَّ التعزير على قَدْر عِظَم الجرم [وصغره، وما رآه الحاكم في احتمال المضروب فيما بينه وبين أقل من ثمانين.

وفي الأمالي[(٢)] عنه: لو أنَّ قاضياً رأى تعزير مئة فقد أخذَ بالأثر، وإنْ ضرَب أكثر من ذلك؛ فهو بالخيار، فحينئذ يُفرِّق على الأعضاء؛ كيلا

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) الأمالي: هو جمع الإملاء، وهو أن يقعد عالِم، وحوله تلامذته بالمحابر والقراطيس، فيتكلم بما فتح الله عليه، فيكتبه التلامذة، والمقصود به هنا: أمالي قاضي القضاة أبي يوسف، يقال: إنها أكثر من ثلاثمئة مجلد.
ينظر: كشف الظنون: ١/١٦٤.

يؤدي إلى التلف][1][2].

(ويجوز حبسه بعد الضَّرب) إذا احتِيجَ إلى زيادة تأديب؛ لأنَّ الحبس صلح تعزير، فجاز ضمه إلى الضرب.

(وأشدُّ الضربِ التعزير)؛ لأنَّ التخفيف جرى فيه من حيث العدد، فلا يُخَفَّفُ مِنْ حيثُ الوصف؛ كيلا يؤدي إلى فوت المقصود، ولذا لم يُخَفَّف من حيث التفريق على الأعضاء، ويضرب قائماً في إزار واحد.

(ثم حَدُّ الزنا) أشدُّ من الباقي؛ لأنَّه ثابت بالكتاب.

(ثم) حدُّ (الشُّرب)؛ لأنَّه ثبت بإجماع الصحابة، حيث [أ/٢٠٤] قال علي رضي الله عنه: «إذا شرِب سَكر، وإذا سَكَر هذى، وإذا هذى افترى»، وعلى المفترِينَ ثمانون جلدة، وعليه أجمع الصحابة.

(ثُمَّ) حد (القذف)؛ لأنَّ سببه محتمل؛ لاحتمال كونه صادقاً.

(ومَنْ حُدَّ)؛ أي: حدَّهُ الإمام، (أوْ عُزِّرَ) بإذن الإمام، (فمات؛ فدَمُه هَدْرٌ)؛ أي: لا يجب به شيء على أحَد؛ لأنَّ الإمام مأمور من الله تعالى بالضرب، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السَّلامة، كالفصَّاد والبَزَّاغ[3].

وقال الشافعي: تجب الدِّية على بيت المال[4].

(بخلاف تعزير الزوج زوجته)؛ أي: لا يُهْدَر دمها بل يضمن؛ لأنَّ تعزيره إياها مباح، فيتقيد بشرط السلامة، فإذا فاتت يجب الضَّمان.

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٦١٢/١.
(٣) الفصَّاد: هو الذي يشق العِرق. ينظر: لسان العرب: مادة (فصد) ٣٣٦/٣، البزاغ: هو الذي يُسَيِّل دماء الدَّواب.
ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: ١٦٧/١.
(٤) ينظر: الحاوي الكبير: ٤١٨/١٣.

كتاب السرقة

[تعريف السرقة لغة واصطلاحاً]

(هي) لغة: «أَخْذُ الشيء مِنَ الغير خُفْيَةً، أيَّ شيءٍ كان»[١].

وشرعاً: (أخذُ مكَلَّفٍ)؛ أيْ: عاقل بالغ مالَ الغير، سواء كان مملوكاً، أوْ كافراً، أو مسلماً، إنَّما قيَّد به؛ لأنَّ الجناية لا تتحقق بدون التكليف.

(خُفيَةً) قيَّد بها؛ لأنَّها ركنها.

(قَدْرَ) نُصَب على أنَّه مفعول مصدر؛ أعني: قوله: (أَخْذُ) وهو مضاف إلى قوله: (عشْرَةَ دَرَاهِم).

وعند الشافعي: في رواية: ربع دينار[٢]، وهو درهمان ونصف.

وفي رواية: ثلاثة دراهم، وهو قول زفر.

(مَضْرُوبة) من فضة جيدة.

(مِنْ حِرْز) كالدور، والبُيُوت، والحافظ.

---

(١) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: ٦٣/١.

(٢) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/ ٤٣٦.

(لا مِلْكَ له فيه ولا شُبْهة) احترز به عما يكون في الحرز شبهة، كما إذا سرق من بيت ذي رحمٍ مَحْرم.

وإنما قَيَّدها بالقيود الثَّلاثةِ الأخيرة؛ لأنَّ الأخذ إذا لم يكن كذلك لا يكون الآخذ سارقاً.

وإنما قال: (قَدْرَ عَشْرَة دَرَاهم)؛ ليتناولَ الدراهمَ وما يَبلغُ قيمَتُهُ عشرة دراهم.

وإنما قيَّد بمضروبة، حتى لو سرق عشرة تبراً لا يساوي عشرةَ مضْرُوبة لا يجبُ القَطْع.

وروى الحسنُ عن أبي حنيفة: إن المضروبة وغيرها سواء، والأَوَّلُ أصح.

وإنما زدنا جيدة؛ لأنَّه لو سرق عشرة روبية لا يقطع عند أبي حنيفة وزفر، وهو رواية عن أبي يوسف.

وعنه أيضاً: إنه يقطع إن كانت تروج.

ثم المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل كما في الزكاة.

❊ ❊ ❊

[بم تثبت السرقة؟]

(وتَثْبُتُ) السرقة (بما يَثبتُ به الشُّرب) فيه إشارة إلى أن شهادة النِّساءِ غير مقبولة فيه، وكذا نقل الشهادة.

(فإنْ سرَقَ مكَلَّف، حرٌّ أوْ عَبدٌ) إنَّما قيَّد به؛ لأنَّ فعل الصَّبي والمجنون لا يُعدُّ جناية، فلا يشرع فيهما الحَدُّ، ولم يشترط الحرية لإطلاق السارق في النَّص؛ ولأنَّ القطع لا يُنَصَّفُ، فكَمُل، ولم يُهْدر؛ صيانةً للأموال.

(ذلكَ القَدْر) حال كونه.

(محرزاً بمكان) يُعد للحفظ كالدَّار، والبيت، والدكان، والجُوَالِق[١]، والصندوق.

قوله: (بمكان) متعلق بقوله: (محرزاً).

(أوْ حافظ)؛ أي: محرزاً بحافظ يعلم بالحفظ، فلو سُرِقَ من صَبي أوْ مجنون لم يقطع.

(وأقَرَّ) المكلف (بها)؛ أي: بالسرقة مرَّةً عند أبي حنيفة ومحمد، كما في القصاص وحَدِّ القذف.

ويُروى عن أبي يوسف: عدم القطع إلَّا بإقراره مرَّتَيْنِ مطلقاً.

ويُروى عنه: أنَّهما في مَجْلِسَيْنِ مُخْتَلِفَيْن.

وروى بشر[٢]، رجوعه إلى قولهما؛ ولذا لم يذكر المصَنِّفُ الخلاف.

(أو شُهِدا عليه) على صيغةِ المفعول[٣]؛ يعني: شَهدَ رَجلانِ على أخْذِه، ولم يقل: رَجلان؛ لانْفِهامِهِ من قوله: (وتثبت بما يثبت[٤] به الشُّرب)، ولم يصرِّح؛ لئلا يلزم التصريح بما علم.

(وسأَلَهُمَا الإمامُ عن السَّرقة) الضمير راجعٌ إلى الشاهِدَيْن المُنْفَهِمَين من قوله: (شهدا).

(ما هِيَ؟)؛ لأنَّ السَّرقة يطلقُ على مطلَقِ الأخْذِ خُفْيَة، وعلى قَطْعِ الطريق أيضاً.

(و) سأل (كيفَ هي؟)؛ ليَعلَمَ أنَّه أخرج أو[٥] ناوَلَ من هو خارج.

---

(١) الجُوَالِق: معناه الوعاء.
القاموس المحيط: ١/٨٧٢.

(٢) ينظر: خليج البحار: ١٥٥.

(٣) في (ج): (الفاعل).

(٤) في (أ): (ثبت).

(٥) في (أ): (و).

(و) سأل (أينَ هي؟)؛ ليَعلَمَ أنَّها في دارِ الإسلام أو في دارِ الحرب.

(و) سأل (كَمْ هي؟) الضمير عائد إلى السرقة؛ بمعنى: المسروقة[١]؛ ليَعلمَ أنَّه كان نصاباً أم لا.

(و) سأل (مِمَّنْ سَرَق؟)؛ ليَعلَمَ أنَّه ذو رحم مَحْرم أمْ لا، ولا يخفى أن بعض ذلك المذكور يُفْهم من بيان الماهيَّة، لكنَّ السؤال للتحقيق والسعي في درء الحد، وللاعتماد على الانفهام لم يذكر السؤال عن الزمان.

وفي المحيط: السؤال عن زمانها فيما إذا ثبت بالبيِّنَة، وأمَّا إذا ثبت بالإقرار؛ فلا يحتاج إلى السؤال عنْه؛ لأنَّ التقادم غير مانع عن صحة الإقرار[٢].

ويحبسه إلى أن يسأل[٣] عن الشهود وللتهمة، ثم يحكم بالقطع، فإذا سألهما تلك الأشياء (وبيَّنَاها؛ قُطِعَ) السارق يده، جواب (إنْ)[٤].

(وإنْ كانوا)؛ أي: السُّرَّاق (جمعاً)؛ أي: جماعة (وأصابَ كلٌّ منْهم)؛ [أي: كل واحد منهم][٥] (قَدْرَ نِصَابها)؛ أي: نِصَاب السَّرقة، وهو عشْرَة دَراهم، أو ما يساويها (قُطِعُوا) أيديهم اتفاقاً؛ لكمال السَّرقة في حق كل واحد منهم.

(وإن) ـ وصلية ـ (تولَّى الأخْذَ بعضُهُم)؛ لأنَّ المعتاد بين السراق أن يتولى بعضهم الأخذ، ويستعد الباقون للدفع، فلو امتنع الحَدُّ بمثله؛ لامتنع القطع في أكثر السراق، [فيؤدي][٦] إلى فتح باب الفساد.

***

---

(١) في (أ): (السرقة).
(٢) ينظر: العناية شرح الهداية: ٥/٣٦٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢١٣.
(٣) في (أ): (سأل).
(٤) جواب قول الماتن: (فإنْ سرق مكلَّف).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) سقط من: (أ).

[بيان ما يقطع بها يد السارق]

(ويُقْطَع بسَرِقة السَّاج) بالسين المهملة والجيم، خشب مقوم يجلب من الهند[(١)].

(و) بسرقة (الآبَنُوس)[(٢)] بمد الهمزة وفتح الباء وضم النون، خشب صلب، وفي الصحاح: شجر طيب الرائحة[(٣)].

(والصَّنْدل) بفتح الصاد المهملة وسكون النون، «شجر طيب الرائحة»[(٤)].

(والفُصُوص) بضم الفاء وبالصاد المهملتين، جمع فَص: الخاتَم، وقَيْد: (الخُضر) اتفاقي.

وعند[(٥)] محمد: لا يقطع في الفص ونحوه.

(والياقوت، والزَّبَرْجد)؛ لأنَّها من أعزِّ الأموال، ولا يوجد مباحة الأصل في دار الإسلام، فصارت كالذهب والفضة.

(و) يُقْطَع بسرقة (الإناءِ، والبابِ المتَخِذَيْنِ من الخَشَب)؛ لأنَّ الصَّنعة فيهما غلبت على الأصل فالتحقا بالأموال][(٦)] النفيسَة، ثم إنَّ المرادَ بالباب: غير المركب بالجدار، وإنَّما أطلقه اعتماداً على ما سيأتي في حكم المركب على خلاف هذا.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب: ٢٣٧/١.

(٢) الآبنوس: شجر ينبت في الحبشة والهند، خشبه أسود صلب، يصنع منه بعض الأدوات والأواني.
المعجم الوسيط: ١/١.

(٣) يذكر في مُختار الصحاح: الشيزى: خشب أسود (مادة) شيز، يقال له الأبنوس. وفي لسان العرب ٣٦٣/٥، مادة (شيز).

(٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ١٧٤٣/٥.

(٥) في (أ): (عن).

(٦) من قوله: (أي: تلقى إليه الوسوسة) إلى قوله: (فالتحقا بالأموال) سقط من: (ب).

وفي الهداية: «إنَّما يجب القطع في غير المركَّب إذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حمله»(١).

❀ ❀ ❀

[ما لا يقطع بها يد السارق]

(لا)؛ أي: لا يُقْطع **(بسرقة شيءٍ تافه)**؛ أي: حقير عند الناس لا يتخذون له حرزاً **(يوجد مباحاً في دارنا كخشب، وحشِيشٍ، وقَصَب)** و[سمك](٢) وصيد بري أو بحري.

الصيد: هو الحيوان الممتنع المتوحش بأصل الخلقة، إمَّا بقوائمه، أو(٣) بجناحيه(٤).

(وسَمَك) ليس منه.

(وطير) سواء كان الطير بطّاً، أو دجاجة، أو حَمَاماً.

(و) لا بَسرقة **(زِرْنِيْخ)**(٥) بكسر الزَّاي المعجمة، معروف.

(وَمَغْرَة) بفتحات الميم والغين المعجمة والراء المهملة وتسكين الغين لغة فيه: هو «الطين الأحمر»(٦).

(ونُورَة) بضم النُّون، والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «كانت الأيدي لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه»(٧).

---

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢/٣٦٥.
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) في (ب): (و).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢/٦٣.
(٥) الزِّرنِيخ: «حَجَرٌ له ألوان كثيرة إذا جمع من الكلس حَلَق الشَّعَرَ».
معجم لغة الفقهاء: ١/١٩.
(٦) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٢/٨١٨.
(٧) أخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها بلفظ: (لم تقطع يد سارق على عهد النبي ﷺ في=

(ولا)؛ أي: لا يقطع [أ/٢٠٥] (بما يُسْرِعُ فسَادَه كَلَبنٍ ولَحْمٍ وفاكهةٍ رَطْبة)، وفي اليابسة يقطع.

(وبِطِّيخٍ) لا حاجة إلى ذكره؛ لدخوله في الفاكهة كما عُرِفَ في الأيْمان.

(وكذا)؛ أي: لا يقطع بسرقة (ثَمَرٍ على شَجَرٍ) المراد منه ما يَعُم، مثل الجوز واللَّوز مِمَّا [لا][(١)] يفسد سريعاً.

(وَزَرْعٍ لمْ يُحْصَد) وإنْ كان في حائط موثق أوْ ثَمَّة حافظ؛ لأنَّه [لمْ][(٢)] يستحكم ماليته، وأمَّا إذا حَصَدوا حُرِزَ؛ ففيه القَطْع.

وقال الشافعي: يقطع في هذه الصور كلها[(٣)].

(ولا)؛ أي: لا يقطع (بما يُتَأَوَّل فيه الإنكارُ كأشْرِبَةٍ مُطْربة)؛ أي: مُسْكرة سواء كانت حلوة أو مرَّة؛ لأنَّ من أخذها يتأوَّلُ الإراقة.

(وآلات لهْوٍ كدُفٍّ، وطَبْل) هذا إذا كان طبل لهْوٍ، وأمَّا طبل الغزَاة؛ فاختلف المشايخ في وجوب القطع فيه[(٤)].

(وبِربْط) هو العود.

(ومِزْمَار، وطُنْبُور) بضم الطاء.

(وصَليبِ ذهب أو فضَّة) الصليب: تمثال يعبده النصارى[(٥)].

= أدنى من ثمن المجن....) كتاب الحدود، باب: قول الله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ برقم: (٦٧٩٤)، ١٦١/٨، ومسلم في كتاب الحدود، باب: حد السرقة ونصابها، برقم: (١٦٨٥)، ١٣١٣/٣.

(١) سقط من: (ج).

(٢) سقط من: (أ).

(٣) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٤٣٨/١٢.

(٤) الأصح أنه لا يقطع وهو اختيار صدر الشهيد.
ينظر: رد المختار على الدر المختار: ٩٢/٤، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٧٩/٢، البناية شرح الهداية: ٢٤/٧.

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية: ٣٦٩/٥.

وعن أبي يوسف: إذا كان الصليب في معبدهم لا يُقْطَع؛ لعدم الحرز؛ لأنَّ مَعْبَدُهُم غير حِرْز، وإنْ كان في بيتٍ آخرَ يُقْطع؛ لوجود[1] الحرز.

(وشِطْرَنْج) هو بكسر الشين المعجمة: معرب صدرنك، ولفظ: رنك، في الفارسية: الحيلة، ولفظ: صد هنا، كناية عن المبالغة[2].

(ونَرْد) بفتح النون: وهو الذي يلعب به الإفرنج؛ لأنَّ من أخذها يتأوَّلُ الكسر بخلاف الدراهم التي عليها التِّمثال؛ لأنَّها ما أعدت للعبادة بل للتمول، فلا يثبت فيها تأويل الكسر.

(ولا)؛ أي: ولا يقطع (بِسَرقةِ بابِ مَسجِد) أوْ دار؛ لعدم الإحراز.

(وكُتُبِ عِلْم)؛ يعني: كتب التفسير، والحديث، والفقه، وفي كتب الأَدَب اختلاف المشايخ، وغيرها كآلات اللهو.

(ومصحف) فإنَّ له أن يقول: أخذته للقراءة أو النَّظر لدفع شبهة[3]؛ لأنَّ المقصود منه ما فيه، وهو ليس بمال، والكاغد، والجِلْد تبع.

وقال الشافعي: إن بلغت قيمته نصاباً يقطع[4].

(وصبيٍّ حُرٍّ)؛ لأنَّ الحر ليس بمال (ولو عليْهِما حِلْيَة)؛ أي: على المصحف [والصبي][5]، ولو للوصل حلية؛ لأنَّها تبع لهما (خلافاً لأبي يوسف)، فإنَّه قال: يقطع إنْ بلغ الحلية نصاباً؛ لأنَّها ليست من المصْحَف والصبي، فيعتبر بانفرادهما[6]، ثمَّ الخلاف في غير المُمَيِّز، [وفي المُمَيِّز][7] لا يقطع إجماعاً، وإن كان عليه حلي؛ لأنَّه خداع.

---

(١) في (ج): (الدخول).
(٢) تاج العروس: ٦/٦٣.
(٣) في (أ): (بشبهة).
(٤) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/٤٤١.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (أ) و(ب): (انفرادها).
(٧) سقط من: (أ).

(و) لا يقطع بسرقة (عبدٍ كبير)؛ لأنَّ أخذه غصبٌ أو خداع.

لا سرقة (دفتر) المراد به: دفتر مضى حسابها[(١)]؛ لأنَّ ما فيه لا يقصد بالأخذ (بخلاف) سرقة العبد (الصَّغير) الذي لم يُعتبر عن نفسه، ولا يعقل ولا يتكلم، فإنَّه يقطع خلافاً لأبي يوسف، (و) بخلاف (دفتر الحِسَاب)؛ لأنَّ ما فيه مقصود بالأخذ، فكان كالمال.

(ولا) يقطع (بسرقة كلْبٍ وفهد)؛ لأنَّهما يوجدان مباح الأصل غير مرغوب فيه، واختلاف العلماء في ماليَّتِه يورث شُبهة.

(ولا) يقطع (بخِيانَة)؛ يعني: خيانة المودع على ما في يده من الشيء المأمون؛ لعدم الحرز.

(ونَهْب) وهو الأخْذُ على وجه العلانية قهراً من ظاهرِ بلدةٍ أوْ قرية.

(واخْتِلاسٍ) [الخَلْس بالخاء المعجمة والسين المهملة][(٢)]: وهو أن يَأخُذَ من اليد بسرعة جهراً؛ لقوله ﷺ: «لا قَطعَ على خائِن، ولا مُنتَهب، ولا مُخْتَلِس»[(٣)].

(وكذا)؛ أي: لا يقطع؛ (بنَبْشٍ)؛ أي: بسبَبِ نبشِ القُبور، وأخذِ الكَفن؛ لقوله ﷺ: «لا قَطْع على المُخْتَفي»[(٤)]

---

(١) في (ج): (الحساب).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) أخرجه الترمذي عن جابر ﷺ بلفظ: «(ليس على خائن، ولا منتهب، ولا مختلس قطع» أبواب الحدود، باب: ما جاء في الخائن والمختلس والمنتهب، برقم: (١٤٤٨)، ٥٢/٤، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب: قطع السارق، باب: ما لا قطع فيه، برقم: (٧٤٢٠)، ٣٨/٧، والدارقطني في كتاب: الحدود والديات وغيره، برقم: (٣٤١١)، ٢٥٠/٤، وقال عنه الترمذي حسن صحيح.

(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار عن عمرة بنت عبد الرحمٰن بلفظ: (لعن المختفي والمختفية)، كتاب: السرقة، باب: النباش، برقم: (١٧١٧٨)، ٤٠٨/١٢، وقد ذكر الزيلعي أنه غريب.
وينظر: نصب الراية: ٣٦٧/٣.

وهو النَّبَّاش بلغة أهلِ المدينة (خلافاً لأبي يوسف) والشافعي[(١)(٢)]؛ لقوله ﷺ: «مَنْ نَبَشَ قَطَعناه»[(٣)].

(ولا) يقطع (بِسَرِقة مالٍ عامَّة) كَمَالِ[(٤)] بَيْتِ المالِ والمغْنَم؛ لأنَّ ذلك المال للعامَّة وهو منهم.

(أو) مالٍ (مشْتَرَكٍ) بينه وبين المسروق منْهُ؛ لثبوت الشبهة باعتبار أنَّه أخذ ماله من وجه.

(أو مِثْلَ دَيْنِه) من جِنْسه؛ أي: من له على آخر دينٌ، فسرق منه مثل حقه لا يقطع؛ لأنَّ لرب المال أن يأخذ جنس حقه إذا ظفر به، فيكون[(٥)] مستوفياً لحقه.

(أو أزْيَدَ) من دَيْنِه؛ لأنَّه بمقدار حقه يصير شريكاً في ذلك المال، وهو شائع، فيتحقق الشبهة.

(حالّاً كان) دَينُهُ (أو مؤجلاً)، والقياس في الثاني: أنْ يُقْطَع؛ إذْ لا يباح له الأخذ، فهو كمَنْ لا دَين له، ولا يقطع استحساناً؛ لوجود سبب الأخذ، وإنّما الأجل لتأخير المطالبة، فوجد شبهة إباحة الأخذ.

(وإن كان دَيْنُهُ نَقْداً) من الأثْمانِ، (فَسَرَقَ) من المَدْيُون (عَرضاً؛ قُطِعَ)؛ لأنَّ فعله ليس باستيفاء، وإنَّما هو استبدال، فلا يتم إلا بالتراضي (خلافاً لأبي يوسف)، فإنَّه لا يُقْطع عنده؛ لأنَّ له أخذه.

عند أبي ليلى[(٦)] والشافعي[(٧)]: قضاءً من حقه، وله أخذه رهْناً عند

---

(١) في (أ): (وللشافعي).
(٢) ينظر: الأم: ٦/ ١٦١.
(٣) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار عن عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده، كتاب: السرقة، باب: النباش، برقم: (١٧١٨٤)، ١٢/ ٤٠٩.
(٤) في (أ) و(ب): (لمال).
(٥) في (ب): (ليكون).
(٦) ينظر: درر الحكام شرح غرر الإحكام: ٢/ ٨٠.
(٧) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٧/ ٤٤٥.

البعض[١]، ففيه شبهة للاجتهاد.

ولنا: إن هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر، فلا يعتبر ما لم يتصل بالدعوى، فلو ادعى ذلك لا يُقْطع؛ لوجود الظنِّ في موضع الاجتهاد.

(وإن كانَ) دَينه دراهم، فسرق منه دنانير، (أَوْ بالعكس) بأن كانَ دَينه (دنَانِير، فسرقَ دراهم؛ لا يُقْطَع) في الصَّحيح؛ لأنَّ النقود جنس واحد حكماً.

(وقيل: يُقْطَع)؛ لأنَّه ليس له حق الأخذ.

(ولا) يقطع (بما قُطِعَ) يدُ[٢] السارق (فيه مرَّة) فردَّهُ إلى المالكِ فسرقه، (و) الحال أنَّه (لَمْ يتَغَيَّر) عن حالته[٣] الأولى، والقياس: أن يُقْطَع وهو رواية عن أبي يوسف، وهو قول الشافعي[٤]؛ لقوله ﷺ: «فإنْ عادَها، فاقْطَعوه»[٥] من غير فَصْل.

ولنا: أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل.

(وإن كانَ قدْ تَغيَّر، قُطِعَ ثانياً كغَزْلٍ نَسْجٍ) المالكِ، فسرق هذا السارق المَنْسُوج؛ لأنَّه صار بالتغير كعَيْنٍ أخرى حتى تبَدَّل اسمه.

❊ ❊ ❊

(١) في (أ) و(ب): (بعض).
(٢) في (ج): (به).
(٣) في (أ): (حالة).
(٤) ينظر: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا بن محمد بن أحمد السنيكي: ٩٩/٥.
(٥) أخرجه الدارقطني عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «إذا سرق السارق فاقطعوا يده، وإن عاد فاقطعوا رِجله، فإن عاد فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رِجله» كتاب الحدود والديات وغيره، برقم: (٣٣٩٢)، ٢٣٩/٤، وهو حديث ضعيف.
ينظر: تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي: ٢٥٩/٢.

فصل
في الحِرْزِ والأخذ منه

و(هو قِسْمان:) قسم (بمكانٍ كبيتٍ ولو بلا بابٍ أَوْ بابُهُ مفتوح)؛ لأنَّ بناءه لقصد الإحراز به، فلا يبطل معنى الإحراز بفتح الباب، إلَّا أنَّه لا يقطع إلَّا بالإخراج؛ لبقاء يده قبله بخلاف المحْرَزِ بالحافظ، حيث يقطع كما أخذه لزوال يده بمُجَرَّد أخذه، فكانت سرقة بنفس الأخذ، (وكصُنْدوْق)؛ لما ذكرنا.

والقسم الثاني: من القِسْمين حرز (بحافظٍ، كمَنْ هو عند ماله ولو) للوصل كان (نائماً) سواء كان المتاع تحته أو عنده؛ لأنَّ الناس يعدُّون النائمَ عند متاعه حافظاً له ألَا يُرَى أن المودع والمستعير لا يضمن بمثله.

(وفي الحرز بالمكان لا يُعتبر الحافظ)؛ لما ذكرنا.

(ولا قَطْعَ بسرقة مالِ مَنْ بينَهُما قرابةُ وِلادٍ) سواء سرق من حرز أُصُوله، أوْ فُرُوعه مال غيرهم، أو سرق مالَهَم من حرزِ غيرهم؛ لجريان[1] الانْبِسَاط بين الأصول والفروع بالانتفاع في المال، والدخول في الحرز.

(ولا) قَطْعَ (بسرقة مِنْ بيتِ ذي رَحِمٍ مَحْرَم) منه، (ولو) كان المسروق (مالَ غيره)؛ لأنَّه مأذون شرعاً في دخول حرزه من غير استئذان، وجرت العادة بالانبساط [فيه][2].

وقال الشافعي: يُقْطَع[3]؛ لأنَّ القرابة [أ/٢٠٦] هي البَعْضِية، وقرابة غير الولاءِ غير معتبرة عنده، فصار كالصَّديق يسرق من صديقه.

---

(١) في (أ): (بجريان).

(٢) سقط من: (أ).

(٣) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/٤٧٤.

(ويُقْطَع) اتفاقاً (بسرقةِ مالهِ)؛ أي: مالِ ذي رحم مَحْرمٍ (مِنْ بيت غيره)؛ أي: بيت الأجنبي؛ لوجود الحرز بلا شبهة.

(وكذا)؛ أي: يقطع (بسرقةٍ) مالٍ (مِنْ بيتِ مُحَرَّم رَضَاعاً)؛ لانعدام الانبساط فيه عادة (خلافاً لأبي يوسف في الأُمِّ)؛ لأنَّه يَدخل عليها من غير استئذان، بخلاف الأخت من الرَّضَاعة؛ لانعدام هذا المعنى فيها عادة.

(ولا قَطْعَ بسرقةِ مالِ زوجَتِه أوْ زَوجِها)، فإنَّ بَسُوطة اليد لكلٍ منهما في مال الآخر مانع من القطع، (ولوْ) كانتِ السرقة (لو) هذه للوصل (من حرْزٍ خاصٍّ) له؛ أي: للزوج إنَّما قال هذا؛ تنصيصاً للرد على [قول][1] الشافعي، فإنَّ له خلافاً فيه[2].

(وكذا)؛ أي: لا يقطع (لوْ سرَقَ) عبدٌ (مِنْ) مال (سيده) يشمل سيِّدتَهُ، للتغليب (أو زوجةَ سيِّده أو زوجَ سيِّدَته)؛ لوجود الإذن بالدخول عادةً في هذه الصور.

(أو) سرق المولى من (مكَاتَبِهِ)؛ لأنَّ له حقاً في كسبه.

(أو) سرق رَجل من (خَتَنِهِ) بالخاء المعجمة والتاء المثناة من فوق والنون: هو زوج كل ذي رحم مَحْرم منه.

(أو صِهْرِه) هو زوج [كل][3] ذي رحم مَحْرم من امرأته، وهذا عند أبي حنيفة (خلافاً لهما فيهما)؛ أي: في الخَتْنِ والصِّهْرِ، فإنَّه يقطع عندهما؛ لانعدام الشبهة في المال[4] والحرز.

---

(١) سقط من: (أ) و(ج).

(٢) إذا سرق أحد الزوجين من الآخر مالاً من حرز فللشافعي قولان:
أ ـ لا يجب عليهما القطع.
ب ـ يجب عليهما القطع.
ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٤٧٥/١٢.

(٣) سقط من: (أ).

(٤) في (أ): (الحال).

وله: أن الرَّجل يدخل دار خَتَنِهِ وصِهْرِه بلا إذنٍ عادة، فثبت[1] فيه شبهة الإذنِ بالدخول أو حقيقة[2].

(أوْ) سرق من (مغْنَم) قبل القسمة؛ لما رُوي أنَّ علياً ﵁ لم يقطع السارق فيه، وقال: «إنَّ لَهُ فيه نَصِيباً قبلَ هذا»[3]، داخل تحت قوله: ولا يقطع بسرقة مال عامَّة أو مشترك.

(أوْ) سرق من (حَمَّام نهاراً)؛ لاختلال الحِرْز بالإذنِ بالدخول (وإنْ كان رَبُّهُ)؛ أي: صاحب المال، أوْ حافظٌ آخَرَ (عنده).

وعن أبي حنيفة: إنْ سرق ثوباً من تحت رَجُل في الحمَّام يقطع كما لو سرق من المسجد وصاحِبُهُ عنده.

وظاهر المذهب، وهو قولهما: إنَّه[4] لا يقطع، وعليه الفتوى؛ لأنَّ الحمَّام بني للحرز، فلا عبرة للحرز بالحافظ بخلاف المسجد، كذا في الكافي[5].

(أوْ) [سرق نهاراً][6] (من بيتٍ أُذِنَ في دخوله) كالخانات، والحوانيت، سواء ثَمَّة حافظ أوْ لا، هذا تعميمٌ بعد التَّخْصِيص.

(أوْ) سرق الضيف من بيت (مُضَيِّفِه)؛ لأنَّ البيت لم يبقَ حرزاً في

---

(1) في (ج): (يثبت).

(2) في (ج): (حقيقته).

(3) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه عن يزيد بن دثار، قال: أتي عليّ برَجل سرق من الخمس فقال: «له فيه نصيب، هو جائز، فلم يقطعه، سرق مغفراً»، كتاب: اللقطة، باب: الرجل يسرق شيئاً له فيه نصيب، برقم: (18871)، 10/212، والدارقطني في المؤتلف والمختلف، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي، باب: العين، 3/1499.

(4) في (أ): (أن).

(5) ينظر: البناية شرح الهداية: 7/39.

(6) سقط من: (ج).

حقه؛ لكونه مأذوناً في دخوله؛ ولأنَّه بمنزلة أهل الدار، فيكون فعله خِيانة لا سرقة، وهذا تخصيص بعد التعميم.

(وَقُطِعَ لوْ سرَقَ مِنَ الحمَّام ليلاً)؛ لأنَّه بني لإحراز الأموال، والإِذْنُ مختص بالنَّهار وما جرت العادة بدخوله في بعض الليل ملحق بالنَّهار؛ لحصول الإذن.

(أوْ) سرق (مِنَ المسجد) أوْ من غير الحرز (متاعاً ورَبُّهُ عنده) حاضر؛ لأنَّه حرز بالحافظ.

(أوْ أَدْخَلَ) سارقٌ (يَدَهُ في صُنْدوقِ غيره، أوْ كُمِّهِ، أوْ جَيْبِهِ)؛ للأخذ وأخذ قَدْرَ النِّصاب.

(أوْ سرق جُوالقاً) بضم الجيم معرب، فإنَّ الجيم والقاف لا يجتمعان في كلمة عربية مثل الجُرْمُوق والمَنْجَنِيق [ونحوها][(١)(٢)]، (فيه متاعٌ) يَبْلغ النصاب (ورَبُّهُ يحفظه، أوْ نائِمٌ عليه)؛ أي: [على][(٣)] الجُوَالِق أوْ بقربه، فإنَّ النَّوم عليه أوْ بقرب منه حفظ له.

(أوْ سَرَقَ المُؤَجِّر في البيتِ المُسْتَأْجَرِ)؛ أي: إذا سرقَ المُؤَجِّر من بيته الذي في يد المستأجِر يقطع عند أبي حنيفة (خلافاً لهما)؛ لأنَّ المؤَجِّر يدخل البيت الذي أجره للحرمة، فيثبت له الإذن، كما لو سرق من داره التي أعارها.

وله: إنه[(٤)] ممنوع عن الدخول بغير إذن المستأجر؛ لأنَّ بيت[(٥)] المُسْتأْجِرِ كالمملوك له في [حق][(٦)] المنفعة، وأمَّا الدخول للحرمة؛ فمباح بإذن المُسْتأْجِرِ لا بغير إذنه.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ١٤٥٤/٤.
(٣) سقط من: (أ).
(٤) في (أ): (أن).
(٥) في (أ) و(ب): (البيت).
(٦) سقط من: (أ).

(ولوْ سرق) من الدار (شيئاً و) الحال أنَّه (لمْ يُخْرِجه مِنَ الدَّار) إلى الصَّحْنِ (لا يُقْطَعُ)؛ لأنَّ الدار كلها حرز واحد، فلا بد من الإخراج منها (بخلاف ما لوْ أخْرَجَهُ مِنْ حُجْرة إلى) صَحْنِ (الدَّار) بأنْ كانت الدار كبيرةً وفيها حُجُرات ومنازل كالمدارس؛ لأنَّ إخراجه إليه كإخراجه إلى السِّكة؛ لأنَّ كل حجرة حرز على حِدَة.

(أوْ سرقَ بعضُ أهلِ حُجَرِ دارٍ مِنْ حُجْرةٍ أخرى فيها)؛ [أي: في الدار؛ يعني: داراً فيها][1] حُجُرات يَسْكُن في كل منها من لا تعلق له في الحجرة التي يَسْكن فيها غيره، فحينئذ تكون[2] بمنزلة المَحلَّة.

(أوْ أخَذَ شيئاً مِنْ حرْزٍ، فألْقاهُ)؛ أي: الشيء المسروق (في الطَّريقِ، ثُمَّ خرجَ، فأخَذَهُ)؛ يقطع عندنا.

وقال زفر: لا يقطع؛ لأنَّه إنْ رماه[3] وتركه أوْ[4] أخذه غيره لا يقطع، وكذا إذا أخذه بنفسه.

ولهم: إن الرمي حيلةٌ يعتادها السُّرَّاق؛ لتعذر الخروج مع المتاع أوْ للفرار، ولم يتعرض عليه يد معتبرة، فاعتبر الكل فعلاً واحداً، وإذا خرج ولم يأخذه، فهو مُضَيِّعٌ لا سارق.

وعند الشافعي: يقطع سواء أخذه أو تركه في الطريق[5].

(أوْ حَمَلَهُ) في الحرز (على حِمارٍ فَساقَهُ فأخْرَجَهُ)؛ أي: الحمار (مِنَ الحِرْزِ)؛ لأنَّ فعل الحمار يضاف إليه بسَوْقِه، ولهذا يضمن السائق ما أتلفه[6] بالدَّابَّة، ولو لم يسقه، وخرج بنفسه لا يقطع، وفي قوله: وساق إشارة إليه.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (أ) و(ب): (يكون).
(٣) في (ج): (رآه).
(٤) في (ج): (و).
(٥) ينظر: الوسيط في المذهب: ٦/٤٧٤.
(٦) في (أ) و(ب): (أتلف).

(ولوْ دخَلَ بيتاً، فأَخَذَ) شيئاً، (وناوَلَ)؛ أي: أعطى المال بإخراج يده مِنَ البيت (مَنْ هو خارجَ) البيت (لا يُقْطَعان).

أمَّا الأول: فلأنَّه لم يوجد منه[1] الإخراج.

وأما الثاني: فلأنَّه لم يدخل الحرز، فلم يتم السرقة من واحد منهما وتمامها بهما.

(وكذا)؛ أي: لا يقطع (لو أدخَلَ الخارجُ يَدَهُ) ولم يدخل هو بنفسه، (فتَنَاوَلَ)؛ أي: أخذ من الداخل.

(وقال أبو يوسف: يُقْطَعُ الداخل) فقط (في) الصُّورة (الأوْلَى، ويُقْطَعَانِ) معاً (في الثانية)، وهي ما لوْ أدخل الخارجُ يدَهُ فتناول.

أمَّا الداخل؛ فلأن الهَتْكَ تمَّ منه، فصار المال مخرجاً بمعاونته، وأمَّا الخارج؛ فلأنَّه أخرج المال من الحرز.

(وكذا لا يُقْطَع، لوْ نَقَبَ بيتاً، وأَدْخَلَ يدَهُ فيه، وأَخَذَ) منه (شيئاً)؛ لما رُوي عن علي ﷺ: «اللِّصُّ إذا كان ظريفاً لا يُقْطع»[2]، وفسَّره بهذا؛ ولأنَّ السرقة إخراج المال مع هَتْك الحرز على وجه الكمال، وكماله في البيوت إنَّما هو بالدخول، وللناقص شبهة العدم، بخلاف الصندوق ونحوه فإنَّ كمال الهَتْك ثمَّة بإدخال اليد والإخراج منه، وهو المُمْكِن[3] دون الدخول.

(أوْ طَرَّ)؛ أي: قطع وشَقَّ (صُرَّةً) هي ما يوضع فيه الدراهم (خارجةً مِنْ كُمِّ غيره)؛ لأنَّ الأخذ من خارج الحرز، وهو الكُمُّ (خلافاً له)؛ أي: لأبي يوسف، فإنَّه يقطع عنده في المسألتين.

أمَّا في النَّقْب؛ فلإخراج المال من الحرز كما في الصندوق.

---

(١) في (ج): (من).

(٢) أخرجه الشاشي في مسنده عن عبيدة وليس عن علي، الهيثم بن كليب بن سريج بن معقل الشاشي البنكثي، مناقب أبي عبيدة بن الجراح، برقم: (٦٢٣): ٩٨/٢.

(٣) في (ج): (المملوك).

وأمَّا [في][1] طَرِّ الصُّرَّة؛ فلوجود الحرز بالكم أو بصاحبه.

(وإنْ حَلَّها)؛ أي: الصُّرة (وأخذ مِنْ داخلِ الكُمِّ؛ قُطِعَ اتفاقاً)؛ لوجود الأخذ [أ/٢٠٧] من الحرز.

(ولوْ سرَقَ مِنْ قِطارٍ) ـ بكسر القاف ـ الإبل الذي يُشَدُّ زِمامُ بعضها على بعض على نسق واحد، [و][2] الجمع قُطُرْ (جَمَلاً)؛ أي: بعيراً، (أوْ حِمْلاً) من ظَهرِ دابَّة لا يُقْطَع سواء كان معه سائق، أو قائد، أو راكب، أو [لا][3]؛ لأَنَّ مقصوده القود، أو السوق، أو السير دون الحفظ، وإنَّما يجب القطع إذا كان المسروق محفوظاً مقصوداً.

(وإنْ شَقَّ الحِمْلَ وأخَذَ منْهُ شيئاً؛ قُطِعَ)؛ لأنَّ الجُوَالق في مثل هذا حرز.

(والفُسْطَاطُ كالبيت) في الحرز، ولوْ سرقَ نَفْس الفُسْطاط؛ لا يُقْطَع؛ لعدم إحرازه إلَّا إذا كان غير منْصوبٍ، وكان في حرز، فإنَّه يُقْطَع.

❁ ❁ ❁

فصل
في كَيفِيَّة القَطْعِ وإثباتِهِ

(تُقْطَع يمينُ السَّارِقِ) أمَّا القطع؛ فبالنَّص[4]، وأمَّا اليمين؛ فلقراءة ابن مسعود: ﴿فاقطعوا أيمانهما﴾ والقراءة المشهورة[5] يعمل بها عندنا (من

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨].
(٥) القراءة المشهورة: ما صح سنده، ولم يبلغ درجة التواتر، ووافق العربية والرسم، واشتهر عن القراء.
ينظر: الإتقان في علوم القرآن: ١/٢٦٤.

زَنْدِهِ)، وهو مِفْصَل الرُّسْغ، فإنَّه ﷺ أمر بالقطع منه[١]، فيكون [بياناً لإطلاق][٢] النَّص.

وعند الخوارج[٣]: يقطع من المنكب[٤].

(وتُحْسَم)؛ أي: تُكْوى؛ لسدِّ منافذِ الدَّم، وقال ﷺ: «فاقْطَعوهُ واحْسِمُوه»[٥]؛ لأنَّه لو لم تُحْسَم يُفضي إلى التلف، والحد زاجر لا متلف.

والحَسْم: ـ بالمهملتين ـ هو الكَيُّ.

(و) تُقْطع (رِجْلهُ اليسرى) [من الكعب][٦] (إنْ عادَ) إلى السَّرقة؛ لقوله ﷺ: «إنْ عادَ فاقطعوه».

(فإنْ سرَق ثالثاً)؛ أي: سرق، أوْ زماناً ثالثاً لا عدداً ثالثاً (لا يُقْطَع)

---

(١) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن عدي أن النبي ﷺ «قطع يد سارق من المفصل»، كتاب: السرقة، باب: السارق يسرق أولاً فتقطع يده اليمنى من مفصل الكف، ثم يحسم بالنار، برقم: (١٧٢٤٨)، ٨/٤٧٠، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الحدود، باب: ما قالوا من أين تقطع؟، برقم: (٢٨٥٩٩)، ٥/٥٢٢، وهو حديث مرسل.
ينظر: نصب الراية: ٣/٣٧٠.

(٢) في (أ): (بيان الإطلاق).

(٣) الخوارج: وهم فرقة خرجت على سيدنا علي ﷺ وكفروه، ويكفرون من ارتكب كبيرة من المسلمين، وهم عشرون فرقة، أكبرها الأزارقة، والنجدات، والصفرية، يجمعهم التبري من سيدنا عثمان وسيدنا علي ﷺ.
ينظر: الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية: ١/٥٤، والملل والنحل: ١/١١٤.

(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢٢٤.

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرك عن أبي هريرة ﷺ، كتاب: الحدود، برقم: (٨١٥٠)، ٤/٤٢٢، والبيهقي في المعرفة، كتاب: السرقة، باب: الإقرار بالسرقة، برقم: (١٧٢٣١)، ١٢/٤١٩، والدارقطني في كتاب الحدود والديات، برقم: (٣١٦٣)، ٤/٩٧، وقال عنه الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرِّجاه».

(٦) سقط من: (ج).

منه شيء[١] استحساناً، (**بلْ يُحْبَس**) ويعزَّر (**حتى يتوب**)؛ أي: إلى أنْ يظهَرَ فيه سيماء التَّائبين.

وعند الشافعي: يقطع يده اليسرى في الثالثة، ورَجله اليمنى في الرابعة، ويُعزَّر إن سرق بعد ذلك[٢]؛ لقوله ﷺ: «**من سرقَ فاقْطَعوه، فإنْ عادَ فاقطعوا**»؛ لأنَّ الجناية الثالثة كالأوَّلَيْنِ[٣]، بل هو أقوى لتقدم الزَّاجر.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنَّ علياً رضي الله عنه قال: «لأستحي من الله تعالى أنْ لا أدع لهُ يداً يَبْطش بها، ورِجلاً يمشي عليها»[٤]، ولم يحتج أحد منهم عليه بالحديث في هذا الباب، فانعقد إجماعاً[٥].

وقال الإمام الطحاوي: تتبعنا هذه الآثار، فلم نجد لشيء منها أصلاً[٦].

وإنْ ثبت فيُحمل على السياسة أو النسخ؛ إذْ لو كان صحيحاً غير مأوَّل؛ لما انعقد الإجماع على خلافه.

(**وطلبُ المَسْروقِ منه**) السرقة بعدَ حضُورِهِ عند الحاكم (**شَرْطُ القَطْع**) سواء كان الثبوت بالإقرار أوْ الشهادة[٧]؛ لاحتمال أنْ يهِبَه المسروق، فيسقط القطع.

---

(١) في (ج): (بشيء).
(٢) ينظر: مختصر المزني: ٣٧١.
(٣) في (ج): (كالأوليين).
(٤) أخرجه عبد الرزاق عن علي رضي الله عنه، كتاب: اللقطة، باب: قطع السارق، برقم: (١٨٧٦٤)، ١٨٦/١٠، والدارقطني في كتاب الحدود والديات، برقم: (٣١٦٦)، ٩٩/٤، وإسناده ضعيف.
ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١١٢/٢.
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٧٠/٢.
(٦) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٠٤/٤.
(٧) من هنا إلى آخر الفصل سقط من (ب).

وقال الشافعي: لا يُشْتَرط المطالبة في الإقرار[(١)].

(ولوْ) كان المسروق منه **(مُودَعاً، أوْ غاصِباً، أوْ صاحِبَ الرِّبا)**؛ أي: الذي باع ديناراً بدينارين، وقبضهما[(٢)]، فسرقا منه، **(أو مُسْتَعيراً، أوْ مُسْتأجَراً، أوْ مُضَارِباً، أوْ مُسْتَبْضِعاً، أوْ قابِضاً على سَوْمِ الشِّراءِ، أوْ مُرْتَهِناً)**، وكذا الأب، والوصيُّ، والوكيل، ومتولِّي الوقف، وكل من له يد حافظة.

(ويُقْطَع) يد السارق **(بطَلَبِ المالك أيضاً في السَّرقة مِنْ هؤلاء)** إلَّا أنَّ الراهنَ إنَّما يُقْطع بخصومته حال قيام الرَّهن بعد قضاءِ الدَّيْن؛ إذْ لا حق له في المطالبة بالعين بدونه، أمَّا خصومة ذي يد حافظة، فلأنَّ السرقة موجبة للقطع في نَفْسها، وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية، وهي شهادة رَجلين، بناءً على خصومة معتبرة؛ فيستوفي القطع، ولهم يد صحيحة، وهي مقصودة كالمالك، فإذا أزيلت كان لهم أنْ يخاصموا عنْ أنفسهم لاستردادها أصالةً لا نيابة؛ لأنَّه إنْ كان أميناً لا يتمكن من أداء الأمانة إلَّا به، وإنْ كان ضميناً لا يتمكن من إسقاطِ الضَّمان عن نَفْسه إلَّا به، بأن يقول: سرق مني، فإذا كان أصيلاً في الخصومة؛ وجب الاستيفاء عند الثبوت بلا حضرة المالك؛ لأنَّ القطع حق الله تعالى بخلاف القصاص، وأمَّا خصومة المالك[(٣)] من سرق منهم فلأن[(٤)] له حقيقة المِلْكِ، وهي أقوى من اليد الحافظة، فإذا جازت بالثانية، فلأنْ تجوز بالأُوْلى [أولى][(٥)].

(لا)؛ أي: لا يُقْطع **(بطلبِ السَّارقِ أوْ المالكِ لوْ سُرِقَتْ من السارق**

---

(١) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: ٤٩٢/٥.
(٢) في (أ): (قبضها).
(٣) في (أ): (لمالك).
(٤) في (ج): (فلا له).
(٥) سقط من: (أ).

بعد القَطْع)؛ يعني: إذا سرق رَجلٌ شيئاً، فقطع به، وبقي المسروق في يده، وسرقه من السارق آخر؛ لا يقطع الثاني؛ لأنَّ السرقة إنَّما توجب القطع إذا كانت في يد المالك أوِ الأمين أوِ الضمين لما مرَّ آنفاً، ولم يوجد شيء منها ههنا؛ إذِ السارق الأوَّلُ ليس بمالك، ولا أمين، ولا ضمين، حتى لو أتلفه لا يضمن كما ستقف [عليه][1].

(بخلاف ما لوْ سُرقَتْ منه قبلَ القَطْعِ أوْ بعدَ دَرْءِ الحَدِّ بشُبْهة)؛ فإنَّه يقطع بخصومة الأوَّل، (وإنْ لمْ يَطلبْ أحدٌ لا يُقْطَع) لما مرَّ (وإنْ) [وصلية][2] (أقرَّ هو بها)؛ أي: بالسرقة.

(ولا بُدَّ من حضُوره)؛ أي: حضورِ المَسْروق منه (عند الإقرار والشَّهادة والقَطْعِ).

اعلم أنَّ الدعوى شرطٌ لظهور السرقةِ ولقطع اليد، وإنْ كان من حقوق الله تعالى؛ لأنَّه لا شك أنَّ المسروق منه أعرف بحقيقة الحال من الشهود، وكذا من السارق المُقِرِّ؛ إذْ يمكن أنْ يكون مِلْكاً للسارق بطريق الإرث، أوْ مِلْكاً لذي رحم مَحْرم، وهو غير عالِم به، ففي ترك المسروق منه الدعوى، وكذا في غيبة مظنَّة عدم وجوب القطَع.

(ولوْ كانت) جواب هذا الشرط قوله الآتي: لا يقطع (يده)؛ أي: يد السارق (اليسرى، أوْ إبهامِها)؛ أي: اليسرى (مَقْطُوعة، أوْ شَلَّاء، أوْ إصْبَعان) مِنَ اليسرى (سِوى الإبهَام كذلك)؛ أي: مقطوعة أو شَلَّاء (لا يُقْطَع منه شيءٌ، بلْ يُحْبَسُ) حتى يظهر منه سيماء الصَّالحين؛ لأنَّه لو قطعت اليمنى وقوة البطش فائتة في اليسرى، يلزم تفويت جِنس المنفعة، وهو في الحقيقة إهْلَاك.

(وكذا)؛ أي: لا يقطع (لوْ كانتْ رِجلهُ اليُمْنَى مَقْطُوعةً أوْ شَلَّاء)؛

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) سقط من: (ج).

ولأنَّه إذا لم يكن للإنسان يدٌ ورِجلُ من طرف واحد؛ فهو لا يقدر على المشي أصلاً، بخلاف ما إذا كان من طرفين؛ فإنَّه حينئذ يضع العصى تحت إبطِهِ.

(ولا يضْمَن المأمُور بِقَطْعِ اليُمْنى) منَ السارق (لوْ قَطَعَ اليُسْرى) عند أبي حنيفة؛ لأنَّه أخلف عمَّا أتلَف من جنسه ما هو خير منه، فلا يضمن؛ لأنَّ يساره لما قطعت؛ سلمت يمينه.

(وعندهما: يضمن)؛ أي: يغرم إرْشَه (إنْ تَعَمَّدَ)؛ لأنَّه خانَ فيما صنع؛ لقطع طرفاً معصوماً بلا حق وتأويل، فيضمن كما لو قطع غير المأمور، وكان ينبغي أنْ يجب القصاص إلَّا أنَّه سقط؛ للشبهة الناشئة من إطلاق النَّص، وهذا الخلاف إذا عَيَّنَ له الإمام أوِ الحاكم اليمنى، أمَّا لوْ أطلق بأن قال له: اقطع يده ولم يُعين؛ لا يضمن القاطع [أ/٢٠٨] بالاتفاق؛ لأنَّ اليد تطلق عليهما.

(ومَنْ سرَقَ شيئاً ورَدَّهُ قبلَ الخُصُومة)؛ أي: قبل الارتفاع إلى الحاكم (إلى مالكه) وإنْ لم يسرق منه، أو رَدَّه إلى ولد المالك، أو ذي رحم مَحْرم الذي يكونان في عياله، أوْ والده، [أوْ جده][١]، أوْ والدته، أوْ[٢] جدته، أوْ مكاتبه[٣]، وإنْ لم يكونوا في عياله؛ (لا يُقْطَع).

وعن أبي يوسف: أنَّه يقطع، اعتباراً بما إذا ردَّهُ بعد الخصومة.

وجه الظاهر: أنَّ الخصومة شرط لظهور السرقة؛ لأنَّ البيِّنَة إنَّما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة، وقد انقطعت الخصومة.

(وكذا)؛ أي: لا يقطع (لو نَقَصَتْ قِيمَتُه)؛ أي: مِنْ حيثُ السَّوم[٤] لا من جهة تَغيُّر العين (مِنَ النِّصاب قبلَ القَطْع)؛ يعني: قبل الاستيفاء بعد

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (أ): (و).
(٣) في (ج): (مكاتبته).
(٤) في (ج): (السعر).

القضاء؛ لأنَّ النصاب لما كان شرطاً، شُرِط قيامه عند الإمضاء.

وعن محمد: إنه يقطع، وهو قول زفر والشافعي(١) اعتباراً بالنقصان في العين.

(أَوْ مَلَكَه)؛ أي: ملك السارقُ المسروقَ بهبةٍ أَوْ بشراءٍ(٢) (بعد القَضَاء) بالقطع (أَوْ ادَّعى أنَّه مِلْكُه، وإنْ) - وصلية - (لَمْ يَثبُتْ)؛ لأنَّ الشُّبهة تثبت بمجرد الدعوى للاحتمال.

(وكذا)؛ أي: لا يقطع (لو ادَّعاهُ)؛ أي: المِلْكَ (أحدُ السَّارقَيْنِ) وإنْ لم يثبتْ، سواء ادعى قبل القضاء بالقطع أو بعده قبل الإمضاء؛ لأنَّ السرقَةَ تثبتُ على الشركة، وبطل الحد عن أحدهما برجوعه، فأورث شبهة في حق الآخر.

(ولو سَرَقا)؛ أي: اثنان (وغاب أحَدُهُما وشَهِد) شاهدان بحُضور الآخرِ (على سَرِقَتِهما) معاً (قُطِعَ الآخرُ)؛ أي: الحاضر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما؛ لأنَّ السرقة إذا لم تثبت على الغائب كان أجَنَبياً، وبدعوى الأجنبي لا تثبت الشبهة، ولأنَّ احتمال دعوى من الغائب(٣) شُبْهَةَ الشُّبْهة، فلا تُعتبر.

(ولوْ أقرَّ العبدُ المَأْذونُ بسَرِقة) عَشْرةِ دراهم مثلاً (قُطِعَ)؛ لأنَّ إقراره صحيح من حيثُ إنَّه آدمي؛ لأنَّ الجزاء إنَّما يجب عليه بسبب الجناية، والجناية إنَّما تَحَقَّقَ(٤) بواسطة التكليف، والتكليف إنَّما يتحقَّقُ مِنْ حيثُ إنَّه آدمي لا مِنْ حيثُ إنَّه مال؛ إذْ لا تهمة فيه، ألا ترى أن قوله مقبول في هلال رمضان؛ لعدمها.

(ورُدَّت) السرقة إلى المسروق منه إنْ كانت قائمة، وإنْ كانت

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير: ١٣/٣٠٠.
(٢) في (ج): (شراء).
(٣) في (ج): (الشبة) ونظنها زائدة.
(٤) في (ج): (يتحقق).

هالكة لا ضمان عليه، صدَّقَه المولى أو كذَّبَه؛ لأنَّ القطع والضَّمان لا يجتمعان.

(وكذا) العبد (المحْجُور عند الإمام) أبي حنيفة، (وعند أبي يوسف: يُقْطَع، ولا تُرَدُّ، وعند محمد: لا يُقْطَع، ولا تُرَدُّ) والمال للمولى إلَّا أنْ يصدقه المولى.

وقال زفر: لا يقطع في الوجوه كُلِّها، والمال للمولى إلَّا أنْ يكون مأذوناً له في التجارة، فيصح إقراره في المال أو يصدقه المولى؛ لأنَّ إقراره بالقطع يتضرر به المولى، فلا يُقبل إقراره عليه.

قلنا: صحة إقراره مِنْ حيثُ إنَّه آدمي، ثم يتعدى إلى المالية في ضمنه، فيصح.

ولمحمد: إنَّ إقرار المحجور عليه بالمال باطل، فلا يُقْطع به بخلاف المأذون له؛ لأنَّ إقراره بما في يده من المال صحيح، فيصح في حق القطع تبعاً.

ولأبي يوسف: إنَّه أقرَّ على نَفْسه بالقطع؛ فيصح، وعلى المولى بالمال، فلا يصح، والقطع قد يجب بدون المال.

ولأبي حنيفة: إنَّ الإقرار بالقطع [قد صحَّ؛ لكونه آدمياً؛ فيصح بالمال بناءً عليه.

فحاصل الخلاف راجع إلى أنَّ المالَ أصلٌ أوِ القطع][١] أوْ كلاهما، فعنده[٢] القطع هو الأصل، والمال تابع.

وعند محمد: المال أصل، فلا يثبت القطع بدونه.

وعند أبي يوسف: كلاهما أصل.

(١) سقط من: (أ).

(٢) أي: الإمام أبو حنيفة.

وحكى الطحاوي: «أنَّ الأقاويل الثلاثة مروية عن أبي حنيفة، فقوله الأول أخذ به محمد.

والثاني أخذ به أبو يوسف»[١].

(ومَنْ) شامل للأحرار والعبيد (**قُطِعَ بسرقة والعَيْنُ قائمةٌ**) في يده (رَدَّها) على صاحبها؛ لبقائها على مِلْكه.

(**وإنْ لمْ تَكُنِ**) العين (قائمَة) بأنْ كانت هالكة؛ (**فلا ضَمَان عليه**)؛ لقوله ﷺ: «**لا غُرْمَ على السارق بعد ما قُطِعَت يمينه**»[٢].

(**وإنْ**) ـ وصلية ـ (**استَهْلَكها**) رَدَّ؛ لما رَوى الحسن عن أبي حنيفة: إن الضمان يجب بالاستهلاك.

(**وإنْ سرَقَ سَرِقات**) مِنْ أشخاص أموالاً، (**فَقُطِع بكُلِّها**)؛ أي: بخصومة أربابها، (**أوْ بعضها؛ لا يَضْمَن شيئاً منها**) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ شرط ظهور السرقة وهو الخصومة، وجد عند القاضي، وموجبها وهو القطع واحدٌ، فإذا استوفى كان واقعاً على الكل؛ لعود منفعته إليهم، فارتفع الضمان كما لو حضروا جميعاً.

(**وقالا: يضْمَن ما لمْ يُقْطَع به**)؛ لأنَّ مُسْقَط الضمان هو القطع، وهو حصل بخصومة الحاضر، فقطع له خاصة، ولم يكن هو نائباً عنهم، فبقيت أموالهم معصومة، فيضمنها لهم.

(**ولو سرقَ ثوْباً فشَقَّه**) نصفين (**في الدَّار، ثُمَّ أخرجه**) منها، وهو يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار؛ (**قُطِع**) خلافاً لأبي يوسف، وإنَّما

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢٣١.

(٢) أخرجه النسائي في السنن الكبرى عن عبد الرحمٰن بن عوف ﷺ بلفظ: «**لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد**»، كتاب: قطع السارق، باب: لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد، برقم: (٧٤٣٥)، ٧/٤٤، والدارقطني في كتاب الحدود والديات وغيره، برقم: (٣٣٩٧)، ٤/٢٤١، وهو حديث ضعيف.

ينظر: تنقيح التحقيق: ٢/٢٥٧.

قيدنا بقولنا: وهو يساوي عشرة دراهم بعده؛ لأنَّه إذا كان لا يساوي عشرة دراهم بعده؛ لم يقطع اتفاقاً.

[اعلم أن هذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب، فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه؛ لم يقطع اتفاقاً، وهذا كله إذا كان النقصان فاحشاً، وإنْ كان يسيراً يقطع اتفاقاً][١].

(لا)؛ أي: لا يقطع (إنْ سَرقَ شاةً، فذبحها في الحِرْزِ، ثُمَّ أخْرَجَها) منه؛ لأنَّ السرقة تمَّت على اللَّحم، وقد سبق أنَّ سرقته لا يوجب القطع، وإنْ كانت قيمتها مذبوحة عشْرَة، لكنَّه يضمن قيمتها للمسروق منه، وإنَّما قيد بقوله: (فذبحها)؛ لأنَّه لو أخرجها حيَّة مِنَ الحِرْز وقيمتها عشرة، ثمَّ ذبحها؛ يقطع، وإنْ انتقَصَت قيمتها بالذَّبح.

(ولوْ ضرَبَ المَسْروق) بأنْ سرَق فضَّة أو ذهباً، فصنع (دراهِمَ أوْ دنانير؛ قُطِعَ) [إنْ ساوى النصاب وقت الأخذ، وإنَّما لم يذكر هذا القيد؛ لأنَّه المفروغ عنه][٢] (ورَدَّها)؛ أي: الدراهم والدنانير على المسْروقِ منه.

(وعندهما: لا يَرُدُّها).

مبنى الخلاف: أنَّ هذه صنعة متَقَوَّمةٌ عندهما خلافاً له.

(ولوْ) سرق ثوباً و(صبَغَه أحْمَر)، فقُطِع يده؛ (لا يُؤْخَذ منه)؛ أي: الثوب المصْبوغ مِنَ السارق، (ولا يَضْمنه)؛ أي: الثوب البيض[٣].

(وعند محمد: يُؤخَذُ منه) الثوب، (ويُعْطى ما زادَ الصِّبْغ) فيه؛ لأنَّ عين ماله قائم من كل وجه، وهو أصلٌ، والصبغُ تبعٌ فيه، فكان اعتبار الأصل فيه أولى.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (أ): (أبيض).

ولهما: إنَّ الصبغ قائمٌ صورة ومعنى، وحقُّ صاحبِ الثوب قائمٌ صورة لا معنى؛ لزوال التَّقَوم بالصبغ(١)، فكان حق السارق أحق بالترجيح.

(وإنْ صَبَغَه أسْوَد) فقطع فيه (أُخِذَ منه، ولا يُعْطي شيئاً) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ السواد نقصان، فلا يوجب انقطاع حق المالك.

(وحَكَما) الإمامان (فيه)؛ أي: [في](٢) الأسود (كَحُكْمِهِما في الأحْمَر).

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (ج): (بالقطع).
(٢) سقط من: (ج).

باب قطع الطريق

أي: قطع المَارة عن الطريق [أ/٢٠٩]، لمَّا فرغ عن بيان السرقة الصغرى؛ شرع في بيان السرقة الكبرى، فسمَّى (قطع الطريق) بالسَّرقة؛ لأنَّه أخذ المال خُفْية من الإمام الأعظم، كما أَنَّ السرقة الصغرى: أخذ المال خُفْية من المالك، وبالكبرى؛ لتَغَلُّظ الحَدِّ في حق قاطع الطريق، وشَرَطَ فيها ما شَرَطَ في السرقة الصغرى: من النِّصاب، وكونِ السارقِ من الأجانب، وشَرَطَ فيها أيضاً: أَنْ لا يكون للقاطع شِرْكة، وأنْ يكون بعيداً من العمران مسيرة سفر، وأنْ يكون في دار الإسلام، وأنْ يظفر بهم الإمام قبل التوبة، وردَّ الأموال إلى أربابها.

(مَنْ) مبتدأ خبره قوله الآتي: حُبِسَ (قَصَدَ قَطْعَ الطريق مِنْ مُسْلم أوِ ذمِّيٍّ، على مُسْلم أوْ ذمي) احترز به عن مال المستأمن فإنَّه غير معصوم، (فَأُخِذَ)؛ أي: مسك (قَبْلَهُ)؛ أي: قبل قطع الطريق، ومراده قبل أن يقتل نَفْساً، وقبل أن يأخذ مالاً (حُبِسَ) القاطع بعد ما عُزِّر؛ لمباشرته منكراً، [وهو الإخافة][1] (حتَّى يَتُوبَ) لا بمجرد القول، بلْ إلى أنْ يظهر [فيه][2] سيماء الصُّلَحاء.

(وإنْ أَخَذَ)؛ أي: القاصد بعد ما أخذ (مالاً) بلا قتل، (وحَصَلَ لكلِّ واحدٍ) من القاطعين ممَّا أخذوا (نِصابَ السَّرقة) وهو قَدْر عشرة دراهم

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).

مضروبة؛ (قُطِعَ) من كل (يَدُهُ اليُمْنى وَرِجْلَهُ اليُسرى)؛ لئلَّا يفوت جنس المنفعة، إنْ كان صحيح الأطراف.

(وإنْ قتَلَ) القاطع (فقط)؛ يعني: بلا أخذِ مالٍ (ولوْ بعصاً أوْ حَجَر، قُتِلَ) القاطع (حَدّاً)؛ أي: هذا القتل حداً لا قصاصاً؛ لأنَّه حق الله تعالى، وعند الشافعي: هو قصاص[1].

(فلا يُعتبر عفو الولي) تفريع على كونه حداً، ولو كان قصاصاً؛ لعفى وليُّ القصاص.

(وإنْ قَتَلَ وأَخَذَ مالاً قُطِعَ) يدُهُ ورِجْلُه مِنْ خلاف، (وَقُتِلَ وَصُلِبَ) بعد القطع؛ يعني: الإمام بالخَيار [عند أبي حنيفة][2] وأبي يوسف، إنْ شاء جمع بينَ القطع والقتل أوِ الصَّلب.

(أوْ قَتَلَ) عطف على قطع؛ يعني: إنْ شاء قتل من غير قطع (أوْ صُلِبَ) حيّاً من غير قطع.

(وخالفَ محمدٌ في القَطْعِ) وقال: يقتلُ، أوْ يُصلبُ، ولا يُقْطَع؛ لأنَّه جناية واحدة، فلا توجب حدَّيْنِ؛ ولأنَّ ما دون النَّفسِ يدخل في النَّفْس في باب الحَدِّ.

ولهما: إنَّ هذه عقوبة واحدة تغَلَّظَت لتَغَلُّظِ سَبَبِها، وهو تفويت الأمنِ على المَارة بالقتل وأخذ المال، ولهذا كان قطعُ اليد والرِّجل معاً في الكبرى حداً واحداً، وإنْ كان في الصغرى حَدَّيْن.

(ويُصْلَبُ حَيّاً، وَيُبْعَجُ بَطْنُه بِرُمْحٍ حتَّى يَمُوتَ) البَعْجُ: شَقُّ البَطنِ، (ويُتْرَكُ) مصلوباً (ثلاثة أيَّام) ليعتبر به غيره (فقط)؛ أي: لا يُتْرك بعدها؛ لأنَّه يتغير ويتأذى النَّاس به، ثمَّ يُخلَّى بينه وبين أهله؛ ليدفنوه (وَيَرُدُّ ما أَخَذَ) من المال (إلى مالِكِهِ) كما في السرقة الصغرى (إنْ) كان ما أخذه

---

(١) ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين: ٣٠٢/١.

(٢) سقط من: (ج).

(باقياً، وإلَّا)؛ أي: وإنْ لم يكن باقياً؛ (فلا ضمان)؛ أي: إذا قتل القاطع؛ فلا ضمان عليه في مال أخذه سواء هلك أو استهلك.

(ولو باشَرَ الفعلَ بعْضُهُم حُدُّوا كُلُّهُم) بمباشَرَةِ بعْضِهم؛ لأنَّه حكم متعلق بالمحاربة، فيستوي فيه الرِّدْءُ[١] والمباشر[٢] كاستحقاق السهم بالغنيمة، وعند الشافعي: لا يُحَدُّ إلَّا المباشر[٣].

(وإنْ أَخَذَ) قاطع الطريق (مالاً وجَرَحَ) المارة؛ (قُطِعَ) يده ورِجله (مِنْ خِلاف) إنْ وُجِدَ شروط القطع بأنْ يكونَ صحيح الأطراف لما بينا.

(والجُرْحَ هَدْرٌ) فلم يُؤْخذ به؛ لأنَّ حكم ما دونَ النَّفس كحكم الأموال، فيسقط الضمان.

(وإنْ جَرَحَ فقط)؛ أي: لَمْ يأخذ مالاً[٤] ولَمْ يقتل أحداً، (أَوْ قَتَلَ) عمداً، (فتاب) عنْ قطع الطريق.

واختلفوا في التوبة:

قيل: هو ترك قطع الطريق.

وقيل: هو تركه ورَدُّ المال إلى المالك.

(قبلَ أنْ يأْخَذَ؛ فلا حَدَّ) في هذه الجناية للتوبة، (والحقُّ للولي إنْ شاءَ عفا، وإنْ شاء أخذ) القاتل التائب (بمُوجِب الجناية)؛ يعني: إنْ كان القتل عمداً؛ فله القود أوِ العفو، وإنْ كان غير عمد؛ فله الدية أوِ العفو؛ لأنَّ هذه الجناية ليس فيها حَدٌّ، فلا يسقط حق العبد؛ إذْ سقوطه في ضمن استيفاء الحَدِّ، ولَمْ يُؤْخذ[٥]، فيبقى حقه.

---

(١) في (ج): (الدرء).
(٢) في (ج): (المباشرة).
(٣) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٥٠٣/١٢.
(٤) في (ج): (المال).
(٥) في (أ): (يوجد).

(وكذا لوْ كانَ فيهم صبيٌّ أوْ مجنون) لا يُحَدُّون كلُّهم؛ لأنَّها جناية واحدة قائمة بالكل، فالامتناع في حقِّ البعض امتناع في حقِّ الباقين، وإذا سقط الحَدُّ صار القتل إلى الأولياء، إنْ شاؤوا قتلوا، وإنْ شاؤوا عفَوا عنهم.

وقال أبو يوسف: هذا إذا باشر الصَّبيُّ والمجنون الأخذ والقتل، وأمَّا إذا لم يباشر أحدٌ الباقون.

(أوْ) كان فيهم (ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مَنْ المَقْطوعِ عليه) لا يُحَدُّ.

(أوْ قَطَعَ بَعْضُ القافلة) الطريق (على بعْضٍ)؛ لأنَّ الحرز واحد، وهي القافلة، فصارت كدار واحدة.

(أوْ قَطَعَ الطَّريقَ ليلاً أوْ نهاراً بِمِصْرَ) لا حَدَّ؛ لأنَّ قطع الطريق بقطع المارة، ولا يتحقق ذلك في مثل هذه الأماكن؛ لأنَّ الغوث مِنَ النَّاس يلحقهم ساعةً فساعة، فلا يمكنهم[(١)] المكث فيه، وفيه خلاف الشافعي[(٢)].

وعن أبي يوسف: إنَّهم إنْ قصدوا في المصر بالسلاح، يجري عليهم أحكام قطاع الطريق، وإنْ قصدوا بالحجر أوِ الخشب، فإنْ كانوا خارج المصر؛ فكذلك الحكم، وإنْ كانوا بقرب منه أوْ في المصر، وإنْ[(٣)] كان بالليل فكذلك أيضاً، وإنْ كان بالنَّهار لا يجري عليهم حكم قطاع الطريق.

واستحسن المشايخ هذه الرواية، وبه يُفتى؛ لمصلحة الناس، وهي دفع شر المُتَغَلِّبة والمُتَلَصِّصَة.

(أوْ بينَ مِصْرَينِ) إذا كانا قريبين، بحيث يلحق الغوث غالباً، كالكوفة والحيرة[(٤)]، ففيه خلاف الشافعي[(٥)].

---

(١) في (ج): (يملكهم).
(٢) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/٥٠١.
(٣) في (ج): (فإن).
(٤) في (أ): (الحرة).
(٥) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/٥٠١.

(ومَنْ خَنَقَ) بالخاء المعجمة؛ أي: بمِصْرَ[(١)] حَلْقَ شخصٍ حتى قتله (في المِصْرِ غيرَ مَرَّةٍ) واحدة بل مراراً؛ (قُتِلَ) الخانق (به)؛ أي: بسبب ذلك سياسة؛ لأنَّه ساعٍ في الأرض بالفساد، فيُدْفَع شَرُّه بالقتل، إنَّما قيَّد بقوله: غير مرَّةٍ؛ لأنَّه لو خنق رَجلاً مرَّةً واحدةً حتى قتله؛ فالدِّيَّة على عاقلته عند أبي حنيفة.

وأما عندهما: الواجب هو القصاص، (وإلَّا)؛ أي: وإنْ لمْ يكنْ له ذلك عادة؛ (فكالقَتْلِ بالمِثْقَل) حكماً، وسَنُبَيِّنُ في الدِّيَّات إن شاء الله تعالى، [ولمَّا كان المَقْصَد مِنَ الحدود إخلاء العالَم مِنَ المعاصي، ومِنَ الجهاد إخلاءه عنْ رأس المعاصي؛ أوْرَدَ السِّيَر عَقِيبَ الحدود، وقال][(٢)]:

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (ج): (عصر).
(٢) سقط من: (ج).

كتاب السير

جمع سيرة: وهي فِعلة بكسر الفاء من السِّير، [كالجِلسة مِنَ الجلوس](١)، فتكون لبيان هيئة السير وحالته، ثُمَّ نُقلت إلى معنى: الطريقة في الأمور، ثُمَّ غلبت في لسان الشَّرع على أمور المغازي وما يتعلق بها، [إنَّما سُمِّي بها هذا الكتاب](٢)؛ لأنَّه بَيَّن فيه سِيَرَ رسول الله ﷺ [أ/٢١٠] في الغزو، وسِيَرَ الصحابة وما نُقل عنهم في ذلك.

❊ ❊ ❊

[تعريف الجهاد لغة واصطلاحاً]

(الجهاد) وهو في اللغة: بذل المجهود والطاقة، مصدر جاهدْتُ العدو مجاهدةً(٣) وجهاداً: إذا حاربته أو قاتلته(٤).

ثم غلب في عرف الشرع: على بذل الوسع في القتال في سبيل الله مباشرة، أو معاونته بالمال، أو بالرأي، أو بتكثير السواد، أو غير ذلك.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (بجاهدة).
(٤) المغرب في ترتيب المعرب: ١/٩٧.

(بدءاً) نصبه على الظرفية بتقدير في؛ أي: في ابتداء الأمر؛ يعني: يجب علينا أنْ نبتدئهم بالقتال، حال كونه (مِنَّا) وإنْ لمْ يكنْ منهم (فرضُ كفاية)؛ لأنَّه لمْ يشرع لعينه؛ إذْ هو قتلٌ وإفسادٌ بنفسه، وإنَّما شُرِع لإعلاء كلمة الله العليا، وإعزاز دِينه، ودفع الفساد عن العباد، بيَّنَ معنى كونه على الكفاية بقوله: (إذا قامَ به البَعضُ) مِنَ المسلمين في كل زمان (سقَطَ) الفرض (عنِ الكُلِّ)؛ لحصول المقصود بذلك، وهو إعلاء كلمة الله، كصلاة الجنازة ودفنها، ورَدِّ السلام، فإنَّ [كلَّ][1] واحدٍ[2] منها إذا حصَلَ مِنْ بعض الجماعة سقط الفرض عَنْ باقيها.

(وإنْ تَرَكَهُ)؛ [أي: الجهاد][3] (الكُلُّ أثِموا)؛ أي: المكَلَّفون به كُلُّهم؛ لتركهم فرضاً عليهم، كما إذا ترك الجماعة كُلُّهم صلاةَ الجنازة، أوْ دَفْنِها، أوْ رَدِّ السلام، والجملة الشرطية وقعت تفسيراً لقوله: فرض كفاية.

❊ ❊ ❊

[ذِكْرُ مَنْ لا يجب عليهم الجهاد]

(ولا يَجِبُ) الجهاد (على صَبيٍّ)؛ لسقوط التكليف عنه.

(و) لا (امرأةٍ)؛ لاشتغالها بخدمة الزوج.

(وعبدٍ)؛ لاشتغاله بخدمة المولى، وحقُّ العبد مُقدَّم على حقِّ الشرع.

(وأعمى، ومُقْعد، وأقْطَع)؛ أي: مقطوع اليدين؛ لعجزهم، وفيهم نزل قوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ﴾[4] [الفتح: ١٧].

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) في (أ): (واحداً).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: تفسير ابن كثير: ٣٣٩/٧، وتفسير القرطبي: ٢٧٣/١٦.

(فإنْ هَجَمَ العدُوُّ)؛ أي: على بلد مِنْ بلاد الإسلام، أوْ ناحية [مِنْ نواحيه](١).

قال في المغرب: «الهجوم الإتيان بغتة والدخول من غير استئذان»(٢).

(فَفَرضُ عَيْن)؛ يعني: إذا غلبوا على أهل موضع، فُرِضَ عليهم القتال جميعهم، فإنْ لمْ يقدروا على دفعهم؛ فُرِضَ على مَنْ كان بِقُرْبِهم، ثمَّ وثمَّ إلى أنْ يصير(٣) فرضاً على جميع المسلمين شرقاً وغرباً.

(فتَخْرُج المرأةُ والعبْدُ بلا إذنِ الزوجِ والمولى)؛ لأنَّ المقصودَ لا يحصل إلَّا بإقامة الكُلِّ، فيجب عليهم، وحقُّ الزوج والمولى لا يظهر في حقِّ فروض الأعيان، كالصلاة والصوم.

(وكُرِهَ الجُعْل) بضم الجيم وهو: «ما يُجْعل للعامل على عمله»(٤)، والمراد(٥) ما يَضْرب الإمامُ [الجُعْلَ](٦) على أربابِ الأموال شيئاً للذين يَخْرجون إلى الجهاد، وإنَّما كُره؛ لأنَّه يشْبَه الأجر على الطاعة، ولا ضرورة إليه؛ لأنَّ [مالَ](٧) بيتِ المالِ مُعَدٌّ لنوائب المسلمين، وهذا مِنْ جملتها، فيُكْره (إنْ كان فيء)؛ أي: إنْ وُجِدَ شيءٌ في بيتِ المال، (وإلَّا)؛ أي: وإنْ لمْ يوجد فيء؛ (فلا)؛ أي: [لا](٨) يُكْرَه الجعل؛ لأنَّ هذا جهادٌ بالمال مِنَ الناس مَنْ يغزوا بالمال دون النَّفْس، فيجهز الغني الفقير القادر، وقدْ صَحَّ أنَّ النبي ﷺ أخذ دُروعاً لصفوان(٩) عند الحاجة

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) المغرب في ترتيب المعرب: ٥٠١/١.
(٣) في (ج): (وا) وهي زائدة.
(٤) المغرب في ترتيب المعرب: ٨٤/١.
(٥) في (ج): (فالمراد).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (أ).
(٩) صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن حذافة الجمحي القرشي، صحابي فصيح=

بغير رضاه[١]، وعمر ﷺ أخذ فرس القاعد أعطى الغازي[٢].

(وإذا حاصَرْناهم)؛ [أي][٣]: إذا دخلنا دار الحرب، وجعلنا الكفارَ في حصار (نَدْعُوهم إلى) دِينِ (الإسلام)؛ لأنَّه ﷺ ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام[٤]، في الكفار وغيرها أنَّ الدعوة كانت فرضاً في بدء الإسلام، وأمَّا الآن فيُسْتحب؛ لانتشار الدعوة.

(فإنْ أسلَمُوا) كففنا عنْ قتالهم؛ لحصول المقصود، (وإلَّا)؛ أي: وإنْ لم يسلموا؛ (فإلى)؛ أي: فندْعوهم[٥] إلى قَبُول (الجِزْيَة)؛ لأنَّه ﷺ أمر هكذا[٦] (إنْ كانوا مِنْ أهلها)؛ أي: مِنْ أهل الجزية؛ كأهل الكتاب، والمجوس، وعبدة الأوثان مِنَ العجم، احترز بهذا القيد عنِ المرتدين

= جواد، أسلم بعد الفتح، وروى أحاديث، شهد اليرموك أميراً على كردوس، وكان من المؤلفة قلوبهم، استقرضه النبي ﷺ في مكة خمسين ألفاً فأقرضه، توفي ٤١هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء: ٢/٥٦٢، والأعلام، للزركلي: ٣/٢٠٥.

(١) أخرج أبو داود في سننه عن أمية بن صفوان عن أبيه، أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «لا، بل عمق مضمونة»، كتاب البيوع، باب: في تضمين العور، برقم: (٣٥٦٢)، ٣/٢٩٦، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: العارية، باب: العارية المضمونة، برقم: (١١٤٧٨)، ٦/١٤٧.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي مجلز بلفظ: (كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر)، كتاب: السير، باب: ما قالوا في العزب يغزي ويترك الزوج، برقم: (٣٣٠٥١)، ٦/٤٧٥.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) أخرجه عبد الرزاق عن ابن عباس، كتاب: الجهاد، باب: دعاء العدو، برقم: (٩٤٢٧)، ٥/٢١٧، وأحمد في مسند عبد الله بن عباس، برقم: (٢٠٥٣)، والدارمي في كتاب الجهاد، باب: في الدعوة إلى الإسلام قبل القتال، برقم: (٢٤٨٨)، ٣/١٥٨٧.

(٥) في (أ): (فتدعوهم).

(٦) أخرج مسلم عن سليمان بن بريدة عن أبيه، كتاب: الجهاد والسير، باب: تأمير الإمام الأمراء على البعوث، ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها، برقم: (١٧٣١)، ٣/١٣٥٧، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب: السير، باب: إلام يدعون؟ برقم: (٨٥٣٢)، ٨/٨.

وعبدة الأوثان مِنَ العرب؛ لأنَّ الجزية لا تُقبلُ مِنْهم، فيقاتلهم المسلمون إلى أنْ يُسلموا كما قال الله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ١٦].

(ويُبَيِّن لهم) الإمامُ (قَدْرَها)؛ أي: قدْرَ الجزية (و) يُبيِّن (مَتى تَجِب) الجزية.

(فإنْ قَبلُوا) الجِزية (فلَهمْ ما لنا وعلَيهم ما علينا) هذا الحكم ليس على عُمومِهِ؛ لأنَّه لا يصِحُّ في حقِّ العبادات، بل المراد: أنَّا كُنَّا نتعَرَّض لدمائهم وأموالهم قبلَ قَبُولِهم الجِزْية، فبعد ما قبلوها إذا [تعرضنا لهم][١] أوْ تعرضوا لنا؛ [يجب لنا عليهم ما يجب لبعضنا على بعض][٢] عند التَّعرُّض، يؤيده[٣] استدلالهم عليه بقول علي ﷺ: «إنَّما بذلوا الجزية، فيكون[٤] دماؤُهُم كدمائنا وأموالُهُم كأموالنا»[٥]، والمراد مِنَ البذل: القَبُول.

(وحَرُمَ قِتال مَنْ لمْ تَبْلُغه الدَّعوة) إلى الإسلام (قبلَ أنْ يُدْعى) إليه؛ لاحتمال الانقياد بلا قتال.

(ونُدِبَ دَعوةُ مَنْ بلغَتْه) الدَّعوة؛ أي: يُستحب للإمام أنْ يدعوهم إلى الإسلام للمبالغة في الإنذار.

(فإنْ أبَوا)؛ أي: عما دُعوا إليه؛ (نَسْتعينُ بالله تعالى)؛ أي: نطْلبُ العون مِنَ الله ﷻ على قتالهم، (ونقاتِلُهُم بنصْبِ المَجانيق) جَمْع مَنْجنيق، وهو: الذي يُرمى به الأحجار[٦].

(والتَّحريقِ) بالنَّار، أراد حرقَ دورهِم وأمتعتِهم[٧] ونحو ذلك.

---

(١) في (أ): (تعرضت إليهم).
(٢) في (ج): (يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم ما يجب).
(٣) في (ج): (يؤيد).
(٤) في (ج): (ليكون).
(٥) أخرجه الدارقطني عن علي ﷺ بلفظ: (من كانت له ذمتنا فدمه كدمائنا) كتاب: الحدود والديات، برقم: (٣٢٩٦)، ٤/١٧٩.
(٦) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٤/١٤٥٥.
(٧) في (ج): (وأمتعهم).

(والتَّغريقِ) بالماء على دورهِم وبساتينِهم وأنفسِهم أيضاً.

(وقطْع الأشْجارِ، وإفسادِ الزروعِ) بإرسال الدَّواب فيها، وإطلاقِ النار، [و][(١)] نحو كذا.

(ونَرميهِم) بالنِّبال والحجارة؛ لما روي أنَّه ﷺ فعل ذلك[(٢)].

(وإنْ) [وصلية][(٣)] (تَتَرَّسوا)؛ أي: جعلوا تُرْساً (بأسارى المُسْلمينَ)؛ لأنَّ بلاد الحرب لا تَخْلو عنْ أسارى المسلمين وتُجَّارهم، فلو امتنع القتال لذلك لانسد باب الجهاد، ولأنَّ دفع[(٤)] ضرر العام يجوز مع الضَّرر الخاص، ولكنْ يَقْصِدون بالرمي الكفار؛ لأنَّ التَّمييزَ وإنْ لمْ يمكنْ فعلاً لكنَّه ممكن نيَّة؛ لأنَّ الطاعة بحسب الطاقة، ولذا قال: (ونَقْصِدهم)؛ أي: الكفار (بِهِ)؛ أي: بالرمي وما قتلنا مِنَ الأسارى لا دِيَّة علينا ولا كفارة؛ لأنَّ الجهاد فرض، ولو تعلَّق به غرامة لامتنعوا عنِ الإقدام عليه.

(ويُكْرهُ إخراجُ النِّساء، والمصاحفِ في سرِيَّة) يقال: «سَرَى بالليل يَسْري، مِنْ باب ضَرَبَ، بمعنى: سارَ ليلاً وأسْرى مِثْلُه، ومنْه[(٥)]: السَّرِيَّة بالفتح لواحدة[(٦)] السَّرايا»[(٧)].

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل عن مكحول أن النبي ﷺ: «نصب المجانيق على أهل الطائف»، باب: في فضل الجهاد، برقم: (٣٣٥)، ٢٤٨/١، والعقيلي في الضعفاء: ٢٤٣/٢، وقال: «كلها غير محفوظة ولا يتابعه عليها إلا من هو دونه أو مثله»، وكذلك أخرج البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ: «حرق نخل بني النضير»، كتاب: المغازي، باب: حديث بني النضير ومخرج رسول الله ﷺ إليهم في دية الرجلين، وما أرادوا من الغدر برسول الله ﷺ، برقم: (٤٠٣٢)، ٨٨/٥.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (أ): (رفع).

(٥) في (أ): (فيه).

(٦) في (أ): (الواحدة).

(٧) المغرب في ترتيب المعرب: ٢٢٤/١.

في المبسوط: الجيش: الجَمْعُ العظيم، وكذا الجُند، وأمَّا السَّرية؛ فنحو أربعمئة يسيرون باللَّيل ويختفون بالنَّهار(١).

(لا يُؤْمَن عليها)؛ لقلتهم مخافة أنْ يقعا في أيديهم.

(لا) يُكره إخراجها **(في عَسْكرٍ يُؤْمَنُ عليه)**؛ لأنَّ الغالب فيه السلامة، والغالب كالمتحَقِّق في الأحكام، وما رُوي أنَّه ﷺ قال: «**لا تُسافروا بالقرآن في أرضِ العدو**»(٢) محمولٌ على القليل منهم.

(ولا)؛ أي: لا يُكْره **(دُخولُ مُسْتأمنٍ)** مِنَّا **(إليهم بِمُصْحَفٍ إنْ كانوا يوفونَ العَهْد)** [أ/٢١١]؛ لأنَّ الظاهر عدمُ التعرض.

(ونَهى عَنِ الغَدْرِ والغُلُولِ)؛ لأنَّه ﷺ نهى عنهما(٣)، وكلاهما خيانة لكنَّ الغلول في المَغْنَم خاصَّة، والغدر أعمٌّ يشمل نقضَ العهدِ.

(والمُثْلَةِ) اسم مِنْ مَثَلَ به يَمْثُلُ مَثْلاً، كقَتَلَ يَقْتُلُ قَتْلاً؛ أي: نَكَّلَ به؛ أي: جَعلهُ نكالاً، وعبرةً لغيره كقطع الأعضاء وتسويد الوجه(٤)، [والمثلة المروية عن النبي ﷺ في قصة العرنيين(٥) نسخت بالنهي المتأخر

---

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ٤/١٠.

(٢) أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمر بلفظ: (أن رسول الله ﷺ نهى أنْ يسافر بالقرآن إلى أرض العدو) كتاب: الجهاد والسير، باب: السفر بالمصاحف إلى أرض العدو، برقم: (٢٩٩٠)، ٤/٥٦، ومسلم في كتاب: الإمارة، باب: النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار إذا خيف وقوعه بأيديهم، برقم: (١٨٦٩)، ٣/١٤٩٠.

(٣) أخرج البخاري عن عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ قال: «**لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به**» كتاب الحيل، باب: إذا غصب جارية، فزعم أنها ماتت، فقضى بقيمة الجارية الميتة، ثم وجدها صاحبها، فهي له ويرد القيمة، ولا تكون القيمة ثمناً، برقم: (٦٩٦٦)، ٩/٢٥، ومسلم عن أنس باللفظ نفسه، كتاب: الجهاد والسير، باب: تحريم الغدر، برقم: (١٧٣٧)، ٣/١٣٦١.

(٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٥/١٨١٦.

(٥) أخرجه البخاري عن أنس قال: قدم رهط من عكل على النبي ﷺ كانوا في الصفة، فاجتووا المدينة، فقالوا: يا رسول الله أبغنا رسلا فقال: «**ما أجد لكم إلا أن تلحقوا بإبل رسول الله**»، فأتوها، فشربوا من ألبانها وأبوالها حتى صحوا، وسمنوا، وقتلوا=

عنه[١]][٢].

وفي شرح المختار: المُثْلةُ المَنْهية بعدَ الظَّفرِ بهم، ولا بأسَ بها قَبلَهُ؛ لأنَّه أبلغُ في إذلالِهم[٣].

قال الزيلعي: «وهذا أحْسَن، ونظيرهُ الإحراقُ بالنَّار»[٤].

(و) نهى عنْ (قتْلِ امرأةٍ)؛ لما روي أنَّه ﷺ رأى امرأةً مقتولةً فقال: «لِمَ قُتِلتْ؟ وما كانتْ تُقاتِل»[٥] [فَعُلِم][٦] أنَّ الموجب للقتل هو الحرب.

(أوْ غيرِ مكَلَّفٍ)؛ أي: صبي ومجنون؛ لما روي أنَّه ﷺ نهى عنْ قتل النِّساء والصبيان[٧].

= الراعي، واستاقوا الذود، فأتى النبي ﷺ الصريخ، فبعث الطلب في آثارهم، فما ترجل النهار حتى أتي بهم، فأمر بمسامير فأحميت فكحلهم، وقطع أيديهم وأرجلهم وما حسمهم، ثم ألقوا في الحرة، يستسقون فما سقوا حتى ماتوا، قال أبو قلابة: «سرقوا وقتلوا وحاربوا الله ورسوله» كتاب الحدود، باب: لم يسبق المرتدون المحاربون حتى ماتوا، برقم: (٦٨٠٤)، ١٦٣/٨، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: حكم المحاربين والمرتدين، برقم: (١٦٧١)، ١٢٩٦/٣.

(١) الناسخ هو ما أخرجه البخاري عن عبد الله بن يزيد الأنصاري ﷺ أن النبي ﷺ: «نهى عن النهبى والمثلة»، برقم: ٢٤٧٤، كتاب: المظالم والغصب، باب: النهبى بغير إذن صاحبه، ١٣٥/٣.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٢٠/٤، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٤٤/٣.

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٤٤/٣.

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرك عن عبد الرحمٰن بن أبي الزناد بلفظ: «ها، ما كانت هذه تقاتل» كتاب الجهاد، برقم: (٢٥٦٥)، ١٣٣/٢، وأبو داود في كتاب الجهاد، باب: في قتل النساء، برقم: (٢٦٦٩)، ٥٣/٣، وابن حبان في كتاب: السير، باب: ذكر الخبر الدال على أن النساء والصبيان من أهل الحرب إذا قاتلوا قوتلوا، برقم: (٤٧٨٩)، ١١٠/١١، وهو حديث صحيح.

ينظر: نصب الراية: ٣٨٧/٣.

(٦) سقط من: (أ).

(٧) أخرج البخاري عن ابن عمر ﷺ، قال: (وجدت امرأة مقتولة في بعض مغازي=

(أَوْ شَيْخٍ) أراد به: الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال، ولا على الصِّياح ولا على الأخيال، ولا يكون من أهل الرأي والتدبير، أمَّا إذا كان يقدر على ذلك يُقتل[(١)]؛ لأنَّه بقتاله محارب، وبصياحه محرِّضٌ على القتال، وبالاحتيال يكثر المحارب، وقد رُوي أنه ﷺ قتل دريد ابن الصمة[(٢)]، وكان مضى [عليه][(٣)] من عمره مئة وعشرون سَنَة؛ لكونه صاحب رأي في الحرب، وهو أعمى[(٤)].

(أو أعمى، أو مقعد)؛ لعدم تحقق الحرب منهما.

(أو أقطع اليمنى) والمقطوع يده ورِجله من خلاف لما ذكرنا، فيقتل مقطوع اليسرى و[(٥)] إحدى الرِّجلين (إلا أن يكون أحدهم)؛ أي: المذكورين؛ (قادراً على القتال، أو ذا رأي في الحرب، أو ذا مال يحثّ به) على القتال.

(أو) يكون أحدهم (مَلِكاً) فحينئذ يقتل؛ دفعاً للفتنة والفساد.

= رسول الله ﷺ، فنهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والصبيان) كتاب: الجهاد والسير، باب: قتل النساء في الحرب، برقم: (٣٠١٥)، ٦١/٤، ومسلم في كتاب الجهاد والسير، باب: تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب، برقم: (١٧٤٤)، ١٣٦٤/٣.

(١) في (أ): (يقدر).

(٢) دريد بن الصمة الجشمي البكري، من هوازن، كان شجاعاً بطلاً، من الشعراء المعمرين في الجاهلية، عاش أكثر من مئة سنة حتى سقط حاجباه عن عينيه، أدرك الإسلام ولم يسلم، خرج مع هوازن لقتال المسلمين، وقتل كافراً سنة ٨هـ، والصمة لقب أبيه معاوية بن الحارث.
ينظر: الوافي بالوفيات: ٩/١٤، والأعلام، للزركلي: ٣٣٩/٢.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) أخرجه البخاري عن أبي موسى، كتاب: المغازي، باب: غزوة أوطاس، برقم: (٤٣٢٣)، ١٥٥/٥، ومسلم عن أبي بردة عن أبيه، كتاب: الفضائل، باب: من فضائل أبي موسى وأبي عامر الأشعريين رضي الله عنهما، برقم: (٢٤٩٨)، ١٩٤٣/٤.

(٥) في (أ): (أو).

ذكر في الكافي: أن الصبي أيضاً يقتل إذا كان مَلِكاً؛ لكسر الشوكة[١].

(و) نهي أيضاً (عن قتل أب كافر)؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وليست البداية بالقتل من المعروف، ولأنَّه تسبب في حياته، فلا يكون[٢] هو سبباً لإفنائه، (بل يأبى الابن) على قتل أبيه إن أدركه (ليقتله غيره) وابنه لا يمنعه عنه (إلا إن قصد الأب) الكافر (قتله)؛ أي: الابن، (ولا يمكنه دفعه إلا بالقتل)، فحينئذ يجوز قتله[٣]؛ لأنَّ هذا دفع عن نفسه، ألا ترى أنَّ أب[٤] المسلم إذا قصد قتله؛ جاز له قتله، فالكافر أولى، وحكم غير الأب من الأصول كالأب.

(ويجوز) للإمام (صلحهم إن كان) الصلح (مصلحة لنا) بأن كان لهم قوة، وإلا لم يجز؛ لأنَّه ترك الجهاد صورةً ومعنًى، (وأخذ مال لأجله إن) كان (لنا به حاجة) بخلاف ما إذا لم يكن فيه حاجة، حيث لا يجوز.

(وهو)؛ أي: المال الذي يؤخذ منهم بالصلح (كالجزية)؛ يعني: يصرف [مصارف][٥] الجزية؛ لأنَّه مأخوذ بقوة المسلمين [كالجزية][٦] (إن كان) الأخذ (قبل النزول بساحتهم)، بل؛ [أي][٧]: أرسلوا رسولاً؛ لأنَّه مأخوذ بغير قتال، [فكان][٨] كالجزية[٩] (وكالفيء لو) كان الأخذ (بعده)؛ أي: بعد النزول بساحتهم، فيُخمَّسُ، والباقي بينهم؛ لأنَّه مأخوذ بالمقاتلة معنى.

---

(١) ينظر: فتاوى قاضيخان: ٤٩٧/٣، ومجمع الأنهر: ٢٨٩/٤، والدر المختار: ١٣٢/٤.

(٢) في (ج): (تكون).

(٣) في (ج): (قتل).

(٤) في (ج): (أباه).

(٥) سقط من: (أ).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) سقط من: (ج).

(٩) في (ج): (فكالجزية).

(ودفع المال) منا **(ليصالحوا لا يجوز)**؛ لأَنَّ فيه إلحاق المذلة للمسلمين، وفي الحديث: «**ليس للمُسْلم أن يذل نَفْسه**»[١].

(إلا لخوف الهلاك)؛ لأَنَّ دفعه بأي طريق أمكن واجب؛ لما روي أنه ﷺ: صالح الأحزاب حين حاصروا المدينة على ثلث ثمار المدينة[٢].

(ويصالحوا المرتدون)؛ يعني: القادرين على المحاربة، الممتنعين عن الأخذ، على ما دل عليه عبارة[٣] المصالحة، وكذا الباغون؛ لأَنَّ الإسلام من المرتدين[٤] مرجو، وكذا الرجوع إلى الحق من الباغي، فجاز تأخير قتالهم طمعاً فيه، إذا كان فيه مصلحة **(بدون أخذ مال)**؛ لأَنَّ أخذ المال منهم تقرير لهم على ذلك، وذا لا يجوز.

(وإن أخذ) المال منهم على الصلح **(لا يرد)** عليهم؛ لأَنَّ أموالهم غير معصومة، فجاز أخذها ابتداءً بغير رضاهم؛ ولَأَنَّ في الرد معونة لهم على القتال.

(ثم)؛ أي: بعد مصالحتهم الإمام **(إن ترجَّح النبذ)**؛ أي: إن رأى نقض الصلح أصلح.

(ينبذ إليهم)؛ أي: أرسل إليهم خبر النقض؛ لأَنَّه ﷺ نقض الموادعة التي بينه وبين أهل مكة[٥]، ولا بد من إعلامهم، واعتبار مدة يبلغ خبر

---

(١) أخرجه الترمذي عن حذيفة بلفظ: «لا ينبغي للمؤمن أن يذل نفسه»، قالوا: وكيف يذل نفسه؟ قال: «يتعرض من البلاء لما لا يطيق» أبواب الفتن، برقم: (٢٢٥٤)، ٩٣/٤، وابن ماجه في كتاب الفتن، باب: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ عَلَيۡكُمۡ أَنفُسَكُمۡۖ لَا يَضُرُّكُم مَّن ضَلَّ إِذَا ٱهۡتَدَيۡتُمۡۚ﴾ [المائدة: ١٠٥] برقم: (٤٠١٦)، ١٣٣٢/٢، وأحمد بلفظ: «لا ينبغي لمُسْلم أن يذل نفسه...» في تتمة مسند الأنصار، برقم: (٢٣٤٤٤)، ٤٣٥/٣٨، وقال عنه الترمذي: «هذا حديث حسن غريب».

(٢) ينظر: السيرة النبوية، لابن هشام: ٢٢٣/٢.

(٣) في (أ): (العبادة).

(٤) في (ج): (المرتد).

(٥) ينظر: المغازي: ٧٨٠/٢، ودلائل النبوة، للبيهقي، باب: نقض قريش ما عاهدوا عليه رسول الله ﷺ بالحديبية: ٦/٥.

النبذ إليهم، فيتمكنون من جمع[(١)] عسكرهم؛ لئلا يكون غدراً بهم.

(ومن بدأ منهم بخيانة قوتل فقط)؛ لأَنَّ هذا يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم؛ لأَنَّه بغير إذن مَلِكهم، ففعلهم لا يلزم غيرهم.

(وإن كانت) الخيانة **(باتفاقهم أو بإذن مَلِكهم؛ قوتل الجميع بلا نبذ)**؛ لأَنَّهم صاروا ناقضين للعهد، فلا حاجة إلى النبذ.

(ولا يباع منهم)؛ أي: من أهل الحرب **(سلاح، ولا خيل، ولا حديد)**؛ لأَنَّ فيه تقوية لهم على الحرب، **(ولو)** كان البيع **(بعد الصلح)**؛ لأَنَّ الصلح على شرف النقض [إذ النقض][(٢)] مشروع.

(ولا يجهز إليهم)؛ أي: لا يجعل ما ذكر من السلاح وغيره جهازاً لهم؛ لما ذكرنا، وهذا هو القياس في بيع الطعام والثوب، لكنه جاز؛ لما روي أن ثمامة[(٣)] سيد أهل اليمامة قطع الميرة عن أهل مكة حتى قحطوا، فاستشفعوا النبي ﷺ في ذلك، فأمر[(٤)] ﷺ أن يمير إليهم[(٥)].

(وصح أمان حر) المصدر مضاف إلى فاعله، ومفعوله مذكور منصوباً.

(أو) امرأة **(حرة)** من المسلمين هنا، إنَّما قيد الحرية في الواحد؛ لأَنَّ الرقيق ليس من أهل الجهاد **(كافراً أو جماعة)** منهم **(أو أهل حصن)** أو مدينة.

---

(١) في (ج): (جميع).

(٢) في (أ): (إن لنقض).

(٣) ينظر: خليج البحار: ص٢١٤.

(٤) في (ج): (فأمرهم).

(٥) سيرة ابن هشام، أسر ثمامة بن أثال الحنفي وإسلامه والسرية التي أسرت ثمامة بن أثال الحنفي: ٢/ ٦٣٩، والبيهقي في دلائل النبوة عن ابن عباس، باب: سرية نجد يقال: إنها كانت في المحرم سنة ست من الهجرة، بعث فيها محمد بن مسلمة، فجاء بسيد أهل اليمامة ثمامة بن أثال وما ظهر في أخذه وإسلامه من الآثار ٤/ ٨٠.

(وحرم قتلهم)؛ لقوله ﷺ: «المؤمنون يتكافأ دمائهم»؛ أي: يتماثل في القصاص والديات، «ويسعى بذمتهم أدناهم»[١]؛ أي: يعطى الأمان أقلهم، وهو الواحد، والمراد بالذمة: العهد مؤقتاً كان أو مؤبداً.

(فإن كان)؛ أي: الأمان كما هو مفهوم من الهداية[٢] وغيرها، والسياق، والسباق[٣].

وما في الدرر[٤]، والغرر[٥]، وإصلاح الإيضاح[٦][٧]: (فإن كان الصلح)، فهو سهو من قلم الناسخ كما لا يخفى.

(فيه ضرر) للمسلمين (نبذ)؛ أي: نقض الإمام ذلك الأمان (إليهم)؛ رعاية لمصالح المسلمين، (وأدَّب)؛ أي: أدَّب الإمام معطي الأمان.

(ولغا)؛ أي: بطل (أمان ذمي)؛ «لأنَّه مُتَّهم بهم، وكذا لا ولاية له على المسلمين إلا أن يأمره أمير العسكر بأن يؤمنهم، فحينئذ جاز»، ذكره الزيلعي[٨].

---

(١) أخرجه أبو داود عن قيس بن عباد، كتاب: الديات، باب: إيقاد المسلم بالكافر، برقم: (٤٥٣٠)، ٤/١٨٠، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب: القسامة، باب: القود بين الأحرار والمماليك في النفس، برقم: (٦٩١٠)، ٦/٣٣٠، والحاكم في كتاب قسم الفيء، برقم: (٢٦٢٣)، ٢/١٥٣، ثم قال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢/٣٨٣.

(٣) في (أ): (السياق).

(٤) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ١/٢٨٥.

(٥) ينظر: المصدر السابق.

(٦) إصلاح الوقاية في الفروع، للإمام شمس الدين أحمد بن سليمان، الشهير بابن كمال باشا، المتوفى ٩٤٠هـ، وهو غير متن الوقاية، شرحه وسماه: الإيضاح، وأعطاه للسلطان سليمان خان، وعليه تعليقات منها: للشيخ محمد شاه بن الحاج حسن زاده، والشيخ عبدالرحمن المعروف بغزالي زاده.
ينظر: كشف الظنون: ١/٨١.

(٧) إصلاح الإيضاح، لوحة ١١٧.

(٨) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢٤٧.

(أو أسير) مسلم في يد الكفار.

(أو تاجر) منا (عندهم)؛ أي: عند الكفار، والظرف صفة المعطوفين[١]؛ لأنَّهما مقهوران تحت أيديهم، فلا يخافونهما[٢]، والأمان يختص بمحل الخوف.

(وكذا)؛ أي: لغى **(أمان من أسلم)** ثمة، **(ولم يهاجر)** إلى دار الإسلام؛ إذ الأمان مختص بمحل الخوف.

(أو مجنون، أو صبي)؛ لأنَّ قولهما غير معتبر كما في الطلاق والعتاق.

(أو عبد غير مأذونين)؛ أي: الصبي والعبد **(بالقتال)** [أ/٢١٢]؛ لأنَّهما لما كانا محجورين عن القتال لا يخافونهما؛ فلا يصح منهما الأمان الذي هو إزالة الخوف، بخلاف المأذونين[٣] في القتال؛ لأنَّهم يخافونهما، فيصادف الأمان محله، فيصح.

(وعند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ**: يجوز أمانهما)**؛ أي: أمان الصبي والعبد المحجورين.

(وأبو يوسف معه)؛ أي: مع محمد **(في رواية)** وفي رواية الكرخي، ومع أبي حنيفة في رواية الطحاوي.

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (أ): (العطوفين).
(٢) في (ج): (يخافون).
(٣) في (أ): (المؤذون).

باب في بيان أحكام الغنائم وقسمتها

(ما فتح الإمام) من الأراضي (عنوة)؛ يعني: قهراً، أو غلبة لا صلحاً، وانتصابها على التمييز، فهو بالخيار فيه، إن شاء (قسمه بين المسلمين) الغانمين بعد إخراج الخمس، [فيكون مِلْكاً لهم][(١)] كما فعل النبي ﷺ كذلك في فتحه خيبر[(٢)]، ووضع عليها العشر؛ إذ لا يجوز وضع الخراج ابتداء على المُسْلم.

(أو أقر أهله عليه)؛ أي: إن شاء مَنَّ به على أهله، وتركهم أحرار، الأصل: ذمة للمسلمين، (ووضع الجزية عليهم)، ووضع (الخراج على أراضيهم)، فتكون مملوكة لهم كما فعل عمر رضي الله عنه حين فتح سواد العراق، حيث منَّ على أهلها وترك دورهم وعقارهم في أيديهم، وضرب الجزية على رؤوسهم، والخراج على أراضيهم، ولم يقسمها بين الغانمين[(٣)].

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) أخرج البخاري عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لولا آخر المسلمين، ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها، كما قسم النبي ﷺ خيبر» كتاب المزارعة، باب: أوقاف أصحاب النبي ﷺ، وأرض الخراج، ومزارعتهم ومعاملتهم، برقم: (٢٣٣٤)، ١٠٦/٣، وأبو داود عن سهل بن أبي خيثمة، قال: «قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفين، نصفاً لنوائبه وحاجته، ونصفاً بين المسلمين، قسمها بينهم على ثمانية عشر سهماً» كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: ما جاء في حكم أرض خيبر، برقم: (٣٠١٠)، ١٥٩/٣.

(٣) ينظر: الأموال لابن زنجويه، كتاب: فتوح الأرضين وسننها وأحكامها، باب: أرض العنوة تقر بأيدي أهلها ويوضع عليها الطسق والخراج، برقم: (٢٥٦)، ٢٠٧/١.

قالوا: الأول: عند حاجة الغانمين.

والثاني: عند عدمها؛ ليكون ذخيرة لهم في الباقي من الزمان.

(و) إن شاء الإمامُ (قتل الأسرى)، جمع أسير[1]، والأسارى جمع الجمع، هذا إذا لم يسلموا كما فعل النبي ﷺ ببني قريظة، فإنَّه قتل مقاتلهم، واسترق ذراريهم[2].

(أو استرقهم)؛ أي: إن شاء جعلهم أرقاءً؛ لأنَّ فيه دفع شرهم مع وفور[3] المنفعة لأهل الإسلام.

(أو تركهم) الإمام حال كونهم (أحراراً ذمة للمسلمين)؛ أي: ليكونوا أهل ذمة لهم كما فعل عمر ﷺ، هذا إذا لم يكونوا مشركي العرب والمرتدين؛ إذ لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف، وإنَّما لم يتعرض لهذا البيان ههنا، اعتماداً على ما يأتي في موضعه.

(وإسلامهم لا يمنع استرقاقهم، ما لم يكن قبل الأخذ) فإن قبله لم ينعقد سبب المِلْك.

(ولا يجوز ردهم)؛ أي: رد الأسرى (إلى دارهم)؛ أي: إلى دار الحرب لما فيه من التقوية على المسلمين.

---

(١) في (ج): (السير).

(٢) أخرج البخاري عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل النبي ﷺ إلى سعد، فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد؛ قال للأنصار: «قوموا لسيدكم أو خيركم»، فقال: «هؤلاء نزلوا على حكمك» فقال: تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم، قال: «قضيت بحكم الله» وربما قال: «بحكم المَلِك»، كتاب: المغازي، باب: مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة ومحاصرته إياهم، برقم: (٤١٢١)، ١١٢/٥، ومسلم في كتاب الجهاد والسير، باب: جواز قتال من نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل أهل للحكم، برقم: (١٧٦٨)، ١٣٨٨/٣.

(٣) في (أ): (وقور).

(ولا) يجوز (المن) على الأسرى أيضاً: وهو أن يطلقهم مجاناً بغير أخذ شيء، [سواء كان الإطلاق بعد إسلامهم أو قبله، وقال الشافعي: يجوز المن](١)(٢).

(ولا) يجوز (الفداء بالمال)؛ لقوله تعالى في سورة براءة: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] وهي آخر سورة نزلت، فكانت ناسخة لآية المن والفداء وغيرها(٣).

(وقيل:) وهو رواية عن أبي حنيفة (لا بأس به عند الحاجة إليه) استدلالاً بأسارى بدر.

(ويجوز) الفداء (بالأسارى عندهما)، وعند الشافعي(٤)؛ لأَنَّ النبي ﷺ فدا رَجلين من المسلمين برَجل من المشركين(٥)؛ ولأَنَّ فيه تخليص المُسْلم عن يد الكافر، وذلك أولى من قتل الكافر أو الانتفاع.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز؛ لأَنَّ في عود الأسارى إليهم تقوية لهم، [ورفعها أولى من استيفاء الأسير المُسْلم؛ لأَنَّ بقاءه في أيديهم ابتلاء له من الله تعالى، غير مضاف إلى أفعالها، والتقوية مضافة إلينا فلا يجوز](٦).

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/١٤٧.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) ففي سورة محمد قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَآ أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا۟ ٱلْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ [محمد: ٤] فدل ذلك على جواز الفداء، ولكنها سورة مكية، فنسخت بآية السيف في سورة براءة، وهي آخر سورة نزلت.

(٤) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/١٤٧، والحاوي الكبير: ٨/٤٠٨.

(٥) أخرجه مسلم عن عمران بن حصين، كتاب: النذر، باب: لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد، برقم: (١٦٤١)، ٣/١٢٦٢، والترمذي في أبواب السير، باب: ما جاء في قتل الأسارى والفداء، برقم: (١٥٦٨)، ٣/١٨٧.

(٦) سقط من: (ج).

في المضمرات[١]: الأصح قول أبي حنيفة[٢].

(و) يجوز أن (تذبح مواش شق نقلها)؛ يعني: إذا أراد الإمام العود إلى دار الإسلام ومعه مواش، ولم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام، فيجوز ذبحها؛ لأنَّ ذبح الحيوان لغرض صحيح جائز[٣]، وفي ذبحها كسر شوكة الأعداء.

(وتحرق) بعد الذبح؛ لئلا ينتفع بها الكفار، فصار كتخريب البنيان وقطع الأشجار.

(ولا تعقر)؛ أي: لا يضرب قوائمها بالسيف خلافاً لمالك[٤].

(و) يجوز أن (يحرق سلاح شق نقله) من دار الحرب، وما لا يحرق كالحديد يدفن[٥] في موضع لا يقف عليه الكفار؛ إبطالاً للمنفعة عليهم.

(ولا تقسم غنيمة في دار الحرب).

وقال الشافعي: يجوز بعد استقرار الهزيمة[٦].

وهذا بناءً على [أنَّ][٧] المِلْك لا يثبت قبل الإحراز[٨] بدار الإسلام عندنا، وعنده: يثبت.

(إلا للإيداع)؛ أي: لأجل أن يودعها عند الغانمين، وذلك إذا لم يكن للإمام في بيت المال حمولة يحمل عليها الغنائم، فيقسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام، ثم يستردها منهم، فإن

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٩٣٣.
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٢٥/٤.
(٣) في (ج): (جاز).
(٤) ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: ٦٤/٣.
(٥) في (أ): (بدفع).
(٦) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٢٠٧/١٢، ومختصر المزني: ٣٧٧/٨.
(٧) سقط من: (أ).
(٨) في (ج): (الأحرار).

أبوا أن يحملوها، أجبرهم على ذلك بأجر المثل في رواية السير[١] الكبير[٢]؛ لأَنَّه دفع ضرر عام بتحميل ضرر خاص، كما لو استأجر دابة شهراً، فمضت المدة في المفازة، فإِنَّه تنعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل، (ثم ترد) عليهم كما ذكرنا.

(ولا تباع) الغنيمة (قبل القسمة)؛ لما روي عن النبي ﷺ أَنَّه قال: «**لا يَحل لامرئٍ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يباع مغنماً حتى يقسم**»[٣]؛ ولأَنَّه قبل الإحراز بالدار لم يَملك كما مر، وبعده نصيبه مجهول جهالة فاحشة، فلا يمكنه أن يبيعه.

(والمقاتل والرِّدْء) ـ بكسر الراء وسكون الدال المهملتين ـ العون[٤]، تقول: ردئه؛ أي: أعانه من باب فتح، فالمصدر: بمعنى الفاعل؛ أي: المعاون (سواء في) استحقاق (الغنيمة)؛ لاستوائهما في السبب الذي هو مجاوزة الدرب، الفاصل[٥] بين دار الإسلام ودار الحرب على قصد القتال، وكذا إذا لم يقاتل لمرض أو لغيره لما ذكرنا.

(وكذا مدد)؛ أي: جماعة للمدد (لحقهم)؛ أي: العسكر في دار الحرب (قبل إحرازها)؛ أي: الغنيمة (بدارنا) خلافاً للشافعي بعد انقضاء القتال[٦].

(ولا حق فيها)؛ أي: في الغنيمة (لسوقي): وهو الذي يخرج مع

---

(١) في (ج): (التيسير).
(٢) ينظر: شرح السير الكبير: ١/١٠٤٤.
(٣) أخرجه أبو داود عن رويفع بن ثابت الأنصاري، كتاب: النكاح، باب: في وطء السبايا، برقم: (٢١٥٨)، ٢/٢٤٨، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: العدة، باب: استبراء من ملك الأمة، برقم: (١٥٥٨٨)، ٧/٧٣٨، وأحمد في مسند الشاميين، برقم: (١٦٩٩٠)، ٢٨/١٩٩، وحكم عليه الشيخ شعيب أنه صحيح بشواهده.
(٤) المغرب في ترتيب المعرب: ١/١٨٦.
(٥) في (أ): (الفاضل).
(٦) ينظر: المجموع شرح المهذب: ١٩/٣٦٨.

العسكر للبيع والشراء؛ لأنَّ قصدهم بالمجاوزة التجارة لا إعزاز الدِّين **(لم يقاتل)** فإن قاتل يشاركهم؛ لأنَّه بمباشرة القتال ظهر أن قصده القتال، والتجارة تبعاً له.

(ولا) حق **(لمن مات)** [من المقاتلين][(١)] **(في دار الحرب قبل الإحراز بدارنا)**؛ أي: قبل أن تخرج الغنيمة إلى دار الإسلام؛ لعدم التملك.

[وقال الشافعي: من مات قبل استقرار الهزيمة يورث نصيبه][(٢)(٣)].

(ولو) مات **(بعد الإحراز)** بدار الإسلام **(يورث نصيبه)**؛ لأنَّ الإرث باعتبار المِلْك، والمِلْك إنَّما يثبت بعد الإحراز في دارنا.

(وينتفع منها)؛ أي: من الغنيمة في دار الحرب **(بلا قسمة بالسلاح)** للاستعمال[(٤)]، **(والركوب، واللبس إن احتيج)** حتى لو قاتلوا بسلاح الغنيمة؛ لصيانة صلاحهم؛ لا يجوز.

وينتفع **(بالعلف)** [للدواب][(٥)] **(والحطب)** للإحراق **(والدهن)** للإدهان **(والطيب مطلقاً)**؛ أي: سواء احتيج إليه أو لا.

(وقيل: إن احتيج لا بالبيع أصلاً) إليه، هذا على رواية السير الصغير[(٦)].

لا؛ أي: لا ينتفع بهذه الأشياء بالبيع في دار الحرب **(أصلاً)**؛ أي: سواء احتيج إليها أو لا قبل القسمة؛ لأنَّ جواز البيع يعتمد المِلْك ولا مِلْك وإنَّما أبيح له التناول للضرورة.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج: ١٤٦/٧.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (الاستعمال).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) السير الصغير: ١٠٩/١.

(ولا التمول) [أ/٢١٣]؛ أي: لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض؛ لانعدام مِلْكهم قبل الإحراز.

(ولا) ينتفع (بعد الخروج)؛ لزوال الحاجة بالخروج إلى دار الإسلام؛ لأَنَّ الإباحة إذا تعلقت بشرط تزول بزواله (بل يرد ما فضل)؛ أي: ما بقي مما أخذه في دار الحرب؛ لينتفع به (إلى الغنيمة) إذا لم تقسم.

وعن الشافعي: لا يرد[1].

(وإن انتفع به) بعد الإحراز (رد قيمته) إلى المغنم إن لم يقسم (وإن قسمت قبل الرد تصدق به)؛ أي: بعينه (لو) كان (غنيّاً)؛ لأَنَّه صار كاللقطة، هذا لو كان العين قائماً، ولو كان هالكاً يتصدق بقيمته، والفقير ينتفع بالعين ولا شيء عليه إن هلك.

(ومن أسلم منهم)؛ أي: من الكفار، (قبل أخذه)؛ يعني: في دار الحرب احترز به عمن أسلم في دار الإسلام، فإن أولاده وأمواله كلها فيء على ما في النهاية[2] (أحرز نَفْسه)؛ أي: حفظ في الحرز نفسه بإسلامه وإنَّما قال: (أحرز نفسه)، ولم يقل: عصم؛ لأَنَّ من أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلى دار الإسلام؛ لا يكون معصوماً[3] عند أبي حنيفة، ويكون محرزاً صرح بذلك في الهداية[4]، (وطفله)؛ لأَنَّه صار مُسْلماً تبعاً له، فلا يجوز قتلهم واسترقاقهم، (و) أحرز (كل مال هو معه)؛ أي: في يده؛

(١) للشافعية في هذه المسألة ثلاثة أقوال:
الأول: أظهرها، يجب الرد لزوال الحاجة.
الثاني: لا يجب لإباحة الأخذ.
الثالث: إن كان قليلاً لا يردُّ، وإلَّا فيرد.
ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: ١٠/٢٦٤.
(٢) ينظر: العناية شرح الهداية: ٥/٤٨٦.
(٣) في (أ): (هو ما).
(٤) الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢/٣٨٧.

لقوله ﷺ: «**من أسلم على مال فهو له**»[١]، **(أو وديعة عند مسلم، أو ذمي)**؛ لأنَّ يد المودع كيد المودع؛ لأنَّه عامل له في الحفظ.

(وعقاره فيء)؛ لأنَّه من جملة دار الحرب، وهو في يد أهل الدار وسلطانها، فلم يكن في يده حقيقة.

وقال الشافعي: هو كسائر أمواله أيضاً؛ لأنَّ اليد على العقار تثبت عنده[٢].

الفيء: اسم لكل ما صار للمسلمين من أموال الكفرة، والغنيمة أخص منه[٣]، والنفل أخص منها.

(وقيل: فيه خلاف محمد وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللَّهُ في قوله الأول) مستدلين بدليل الشافعي[٤].

(وولده) مبتدأ **(الكبير)**؛ لأنَّه كافر حربي غير تابع له في الإسلام،

---

(١) أخرجه البيهقي في المعرفة عن ابن أبي مليكة مرسلاً، كتاب: السير، باب: من أسلم على شيء فهو له، برقم: (١٨٢١٥)، ٢٨٨/١٣، وأبو يعلى في مسنده عن أبي هريرة، أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى الموصلي، مسند أبي هريرة، برقم: (٥٨٤٧)، ٢٢٦/١٠، وقال عنه ابن حجر: وإسناده ضعيف.
ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٢١/٢.

(٢) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٣٢٥/١٩.

(٣) المغرب في ترتيب المعرب: ٣٤٧/١.

(٤) دليل الشافعي: حديث أخرجه البخاري عن أسامة بن زيد قال: قلت: يا رسول الله أين تنزل غداً؟
قال: «**وهل ترك لنا عقيل منزلاً**»، ثم قال: «**نحن نازلون غداً بخيف بني كنانة المحصَّب، حيث قاسمت قريش على الكفر**»، كتاب: الجهاد والسير، باب: إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مال وأرضون فهي لهم، برقم: (٣٠٥٨)، ٧١/٤.
وجه الاستدلال:
أن النبي ﷺ أقرَّ تصرفات عقيل وما غير ذلك بعد الظفر، فكان دليلاً على تقرير من بيده دار أو أرض إذا أسلم.
ينظر: المجموع شرح المهذب: ٣٢٥/١٩.

والكافر الحربي غير معصوم عن الاستغناء[١]، فصار فيئاً، **(وزوجته)**؛ [أي: زوجة][٢] من أسلم، ثم لأنها حربية غير تابعة له في الإسلام، **(وحملها)**؛ لأنَّه جزؤها، فيتبعها في الرق، **(وعبده المقاتل)**؛ لأنَّه بقتاله صار متمرداً على مولاه وملحقاً بأهل دار[٣] [الحرب][٤]، **(وماله مع حربي بغصب أو وديعة فيء)** خبر المبتدأ؛ لأنَّ يد الحربي ليست بمحترمة[٥].

وعند[٦] أبي يوسف ومحمد: لا يكون فيئاً.

(وكذا)؛ أي: فيء **(ماله مع مُسْلم، أو ذمي بغصب)** عند أبي حنيفة **(خلافاً لهما)**.

(وقيل: أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ **مع الإمام)**.

لهما في الغصب: إن نفسه لما عصمت بالإسلام تعصم ماله تبعاً لها.

وله: إن المال إنَّما يعصم إذا كان في يد المالك، وهنا لم يوجد، فصادف[٧] استيلاؤه[٨] مالاً مباحاً.

لهما في الوديعة: إن يد المُودِع كيد المُودَع، ولو كانت في يده حقيقة لم يكن فيئاً، فكذا إذا كانت في يده حكماً.

وله: إن يد الحربي ليست معصومة؛ لأنها لا تدفع استغنام المسلم عن ماله، فكذا عن هذه الوديعة.

❊ ❊ ❊

(١) في (أ): (الاستغنام).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (أ): (الدار).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) في (أ): (بمحرقة).
(٦) في (أ): (عن).
(٧) في (أ): (فصارت).
(٨) في (أ): (استيلاؤهم).

فصل
في بيان كيفية القسمة

(وتقسم الغنيمة) فيخرج الإمام خمسها (للراجل سهم) واحد بالاتفاق، (وللفارس سهمان) عند أبي حنيفة، وهو قول زفر.

(وعندهما: ثلاثة) أسهم (له سهم، ولفرسه سهمان) وهو قول الشافعي(١)؛ لما روى عبد الله بن العمري(٢) أن النبي ﷺ «أسهم للفارس ثلاثة أسهم»(٣).

وله: ما روى عبيد الله بن العمري: أن النبي ﷺ «قسم للفارس سهمين»(٤).

وعبيد الله أوثق من أخيه(٥)(٦)، ولئن استويا(٧) تعارضاً تساقطا،

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٢٠٩/١٢.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر، كتاب: الجهاد، باب: السهام للخيل، برقم: (٩٣٢٠)، ١٨٥/٥، وفي سنده عبد الله بن عمر، وهو سيِّئ الحفظ.
ينظر: السنن الصغير، للبيهقي: ٣٩٠/٣.

(٣) عبيد الله بن عمر العدوي بن حفص بن عاصم بن عمر أمير المؤمنين ﷺ، الإمام، الحافظ، سمع من سالم بن عبد الله والقاسم بن محمد ونافع، قال عنه يحيى بن معين: من الثقات، وأبو زرعة وأبو حاتم: ثقة، والنسائي: ثقة ثبت.
ينظر: سير أعلام النبلاء: ٣٠٤/٦.

(٤) أخرجه أبو داود عن ابن عمر بلفظ: أن رسول الله ﷺ «أسهم لرَجل ولفرسه ثلاثة أسهم: سهماً له، وسهمين لفرسه»، كتاب: الجهاد، باب: في سهمان الخيل، برقم: (٢٧٣٣)، ٣٦٦/٤، وأحمد في مسنده، برقم: (٤٤٤٨)، ١١/٨، وهو حديث صحيح على شرط الشيخين، تعليق الشيخ شعيب.

(٥) في (أ): (لما روى عبيد الله بن العمري أن النبي ﷺ: أسهم للفارس ثلاثة أسهم. وله: ما روى عبد الله بن العمري أن النبي ﷺ: قسم للفارس سهمين، وعبيد الله أوثق من عبد الله).

(٦) ينظر: سير أعلام النبلاء: ٣٠٥/٦ ـ ٣٠٦، والسنن الصغير، للبيهقي: ٣٩٠/٣.

(٧) في (ج): (استوى).

فيأخذ برواية ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ «قسم للفارس سهمين وللراجل سهماً»[(١)].

(ولا يُسهم لأكثر من فَرَس) واحد؛ لما رُوي أن براء[(٢)] بن أوس[(٣)] قاد فرسين، فلم يُسهم النبي ﷺ إلا لواحد[(٤)].

(وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ يُسهم لفرسين)؛ لأنه ﷺ أعطى للزبير[(٥)] خمسة أسهم[(٦)].

---

(١) أخرجه الدارقطني عن ابن عمر ﷺ، كتاب: السير، برقم: (٤١٧٦)، ٥/١٨٣، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب: الجهاد، باب: السهام للخيل، برقم: (٩٣٢٠)، ١٨٥/٥، وذكر الزيلعي أنه: غريب عن ابن عباس.
ينظر: نصب الراية: ٤١٦/٣.

(٢) في (ج): (براءة).

(٣) البراء بن أوس بن خالد، صحابي جليل، شهد مع النبي ﷺ إحدى غزواته، وقاد فرسين، فضرب له رسول الله ﷺ خمسة أسهم، وهو أبو إبراهيم ابن النبي ﷺ من الرضاعة؛ لأن زوجته أم بردة أرضعته بلبنه، ينظر: معرفة الصحابة لابن منده: ٢٩٠/١، والاستيعاب في معرفة الأصحاب: ١٥٣/١.

(٤) ذكر الواقدي: أن البراء بن أوس قاد فرسين في غزوة خيبر، ومجموعة من الصحابة كذلك، فأسهم النبي ﷺ لكل واحد منهم خمسة أسهم.
ينظر: مغازي الواقدي: ٦٨٨/٢، ومعرفة الصحابة لابن منده: ٢٩٠/١.

(٥) الزبير بن عوام بن خويلد بن أسد، حواري رسول الله ﷺ، وأحد العشرة المبشرة بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى بعد عمر ﷺ، هاجر الهجرتين، وأول من سل سيفاً في سبيل الله، أمه صفية بنت عبد المطلب، شهد بدراً وما بعدها، قتل يوم الجمل، ودفن بناحية البصرة.
ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة: ٤٥٧/٢، وتهذيب التهذيب: ٣١٨/٣.

(٦) أخرجه البيهقي عن عبد الله بن الزبير أن النبي ﷺ «قسم للزبير أربعة أسهم، سهماً لأمه في القربى، وسهماً له، وسهمين لفرسه»، كتاب: السير، باب: سهم الفارس والراجل، برقم: (٢٨٥٢)، ٣٩١/٣، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: السير، باب: في الفارس كم يقسم له؟ من قال ثلاثة أسهم، برقم: (٣٣١٧٦)، ٤٨٨/٦، أمّا رواية مكحول: أن الزبير حضر بخيبر بفرسين، «فأعطاه النبي ﷺ خمسة أسهم، سهماً له، وأربعة لفرسيه»، فهو مرسل. ينظر: السنن الصغير، للبيهقي: ٣٩١/٣.

(والبراذين) جمع البرذون[١]: وهو فرس العجم يوكف ويشبه البليد[٢] **(كالعتاق)** ـ بكسر العين ـ جمع عتيق، وهو الفرس العربي[٣] إنَّما تساويا؛ لأَنَّ في البرذون قوة الحمل الصبر، وفي العتيق قوة الطلب والفرِّ، فلكل منهما جنس منفعة، وفيه احتراز عمن قال: لا سهم للبرذون كالبغل، والإبل.

(ولا يسهم لراحلة ولا بغل)؛ لأَنَّ الإرهاب لا يقع بهما؛ إذ لا يقاتل عليهما.

(والعبرة لكونه فارساً أو راجلاً عند المجاوزة)؛ [أي: مجاوزة][٤] مدخل دار الحرب على قصد القتال، **(فينبغي للإمام أن يعرض الجيش عند دخوله دار الحرب، ليعلم الفارس من الراجل، فمن جاوز)** الدرب هذا تفريع لمذهبنا **(راجلاً، فاشترى فرساً)**، فشهد الوقعة[٥] فارساً؛ **(فله سهم راجل)**؛ أي: استحقه، **(ومن جاوز فارساً، فنفق)**؛ أي: هلك[٦] **(فرسه)**، فشهد الوقعة[٧] راجلاً؛ **(فله سهم فارس)** وجواب الشافعي بالعكس في الفصلين.

له: إن سبب الاستحقاق هو القهر والقتال، وشهود الوقعة[٨] أقرب إليه من مجاوزة الدرب.

ولنا: إن المقصود بالخيل إرهاب العدو ومباشرة القتال، وهما يحصلان قبل انقضاء الحرب لا بعده، فالسبب الظاهر له مجاوزة الدرب

---

(١) في (ج): (برذون).
(٢) دستور العلماء: ١٦٥/١.
(٣) دستور العلماء: ٢١٦/٢.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (الواقعة).
(٦) في (ج): (مات).
(٧) في (ج): (الواقعة).
(٨) في (ج): (الواقعة).

على قصد القتال؛ لأَنَّ الإمام يكتب أسامي الفرسان والرجالة، [فينتشر الخبر][1] في دراهم، فاعتبار تلك الحالة أولى؛ لأَنَّ تفقد أحوالهم بعدها متعذر أو متعسر، ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان؛ فله سهم الفارس اتفاقاً.

(ولو باعه)؛ أي: فرسه **(قبل القتال)**، أو[2] باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان، ولو باعه في حالة القتال سقط في الأصح، **(أو وهبه، أو أجَّره، أو رهنه؛ فسهم راجل في ظاهر الرواية)**؛ لأَنَّ إقدامه على هذه التصرفات دليل على أنه لم يقصد بالمجاوزة القتال فارساً.

وعن أبي حنيفة برواية الحسن: أن له سهم الفارس لاعتبار المجاوزة.

(وكذا)؛ أي: له سهم راجل، **(لو كان مريضاً، أو)** كان فرسه **(مهراً لا يقاتل عليه)** فله سهم راجل، ولو جاوز بفرس مغصوب، أو مستعار، أو مستأجر، ثم استرده المالك، وشهد الوقعة[3] راجلاً؛ ففيه روايتان:

أحدهما: أنه لا يستحق سهم الفرسان.

وثانيهما: أنه يستحق سهم الرجالة.

(ولا يسهم لمملوك)؛ لأَنَّه دخل لخدمة المولى، فصار كالتاجر.

(أو مكاتب)؛ لأَنَّه بمنزلة العبد لقيام الرق.

(أو صبي أو امرأة)؛ لأنهما عاجزان عن القتال.

(أو ذمي)؛ لأَنَّ الجهاد عبادة، والذمي ليس من أهله **(بل يرضخ لهم)** تحريضاً على القتال **(بحسب ما يرى)** الإمام، الرضخ: [أ/٢١٤]

---

(١) في (أ): (فيشترط الخير).

(٢) في (ج): (لو).

(٣) في (ج): (الواقعة).

ـ بالمعجمتين ـ وهو في اللغة: إعطاء القليل[(١)]، والمراد هنا: إعطاء أقل من سهم الغنيمة (إن قاتلوا، أو داوت المرأة الجرحى) لمصالحهم[(٢)]، فيكون جهاداً بما يليق بحالها[(٣)] (أو دل الذمي على عوراتهم وعلى الطريق) وإن لم يقاتل؛ لأنَّ في دلالته منفعة للمسلمين، ولا يبلغ الرضخ السهم؛ لأنهم لا يساوون الجيش في عمل الجهاد، وإلا في دلالة الذمي، فإنَّه يزاد على السهم إذا كانت في دلالته منفعة عظيمة؛ لأنَّ الدلالة ليست من عمل الجهاد، فلا تلزم منه التسوية في الجهاد؛ إذ يأخذه في الدلالة بمنزلة الأجرة، فيعطى بالغاً ما بلغ.

(و) يقسم (الخمس) على ثلاثة أسهم: (لليتامى، والمساكين، وابن السبيل)، فيعطي لكل صنف[(٤)] سهم.

(يقدم منهم)؛ [أي][(٥)]: من الأصناف الثلاثة (ذو القربى)؛ أي: قرابة النبي ﷺ، وهم: بنو المطلب، وبنو هاشم، وقيل: جميع قريش الفقراء.

(ولا حق فيه لأغنيائهم) [مما رُوي أنه ﷺ قال: «سهم ذوي القربى لهم في حال حياته»[(٦)]، وليس لهم بعدها شيء، فكان استحقاقهم في حياة النبي ﷺ بنصرتهم له، وبعده ﷺ استحقاقهم بالفقر][(٧)]، (وذكره تعالى) في

---

(١) دستور العلماء، ٩٩/٢.
(٢) في (أ): (بمصالحهم).
(٣) في (أ): (بحاله).
(٤) في (أ): (ضعف).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) أخرجه البيهقي في المعرفة عن أم هانئ أن فاطمة ﷺ أتت أبا بكر تسأله سهم ذي القربى، فقال لها أبو بكر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سهم ذي القربى لهم حياتي، وليس لهم بعد موتي»، كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب: تفريق الخمس، برقم: (١٣١٧٠)، ٢٧٨/٩، وإسحاق بن راهويه في مسنده، برقم: (٢١٢٨)، ٢٧/٥، وقال عنه البيهقي: «وهذا باطل لا أصل له، الكلبي متروك، وأبو صالح مولى أم هانئ ضعيف».
(٧) سقط من: (ج).

قوله: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١]؛ (للتبرك) لافتتاح[١] الكلام تبركا باسمه تعالى؛ لأنَّ الكل له، وهو غير محتاج إلى شيء.

(وسهم النبي ﷺ سقط بموته)؛ لأنه ﷺ كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده.

[وقال الشافعي: يصرف سهم الرسول إلى الخليفة][٢][٣].

(كالصفي)؛ أي: كما سقط الصفي عن النبي ﷺ بموته، وهو: [بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء][٤]، «شيء نفيس كان ﷺ يصطفيه؛ أي: ينتخب لنفسه من الغنيمة كسيف، أو درع، أو فرس[٥]، أو أمة»[٦]، كما رُوي أنه ﷺ اصطفى صفية من غنائم خيبر[٧].

(وإن دخل دار الحرب من لا منعة)؛ أي: لا قوة ولا شوكة (له، بلا إذن الإمام؛ لا يخمس ما أخذوا) من الغنيمة؛ لأنَّه اختلاس وسرقة، (وإن) دخلها (بإذنه)؛ أي: الإمام، (أو لهم منعة خمس) على صيغة المفعول من الخمس، وهو: أخذ الخمس من باب نصر.

(وللإمام)؛ [أي: يجوز للإمام][٨] (أن ينفل) تحريضاً على القتال، التنفيل: إعطاء شيء زائد على سهم الغنيمة[٩]، والتركيب يدل على

---

(١) في (ج): (لافتاح).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: الوسيط في المذهب: ٤/٥٢٢.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ): (فرش).
(٦) التعريفات: ١/١٣٤.
(٧) أخرجه الحاكم عن أنس بن مالك ﷺ قال: «لما افتتح النبي ﷺ خيبر اصطفى صفية بنت حيي لنفسه...» ذكر أم المؤمنين صفية بنت حيي ﷺ، برقم: (٦٧٨٦)، ٤/٣٠، والبيهقي في السنن كبرى كتاب: السير، باب: من أراد غزوة فورى بغيرها، برقم: (١٨٤٥٤)، ٩/٢٥٤.
(٨) سقط من: (ج).
(٩) ينظر: دستور العلماء: ١/٢٤٤.

الزيادة (قبل إحراز الغنيمة، وقبل أن تضع الحرب أوزارها)، وفسر التنفيل بقوله:

(فيقول الإمام: من قتل قتيلاً؛ فله سلبه) سمَّاه قتيلاً؛ لقربه من القتل؛ أي: سلب القتيل، وسيأتي معنى السلب، وهو مندوب إليه؛ لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥] وهو نوع تحريض، فلو[1] قال المصنِّف: ويُستحب للإمام؛ لكان أولى.

(أو) يقول[2] (من أصاب شيئاً؛ فله ربعه، أو يقول)؛ أي: الإمام (لسرية) هي: قطعة من الجيش: (جَعَلْتُ لكم الرُّبع) مثلاً (بعد الخمس)؛ بعدما رفع الخمس جَعَلْتُ لكم ربع الباقي، أو ثلثه، أو نحو ذلك، (الربع) اتفاقي.

(ولا ينفل) الإمام (بكل المأخوذ)؛ لأَنَّ فيه إبطال حق الكل، فإن مع السرية جاز؛ لأَنَّ التصرف إليه، وقد يكون المصلحة فيه.

(ولا) ينفل (بعد الإحراز)؛ أي: بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام؛ لأَنَّ حق الغانمين قد تأكد فيه بالإحراز بالدار، ولهذا يورث منه لو مات، فلا يجوز إبطال حقهم (إلا من الخمس)؛ لأَنَّه لا حق للغانمين في الخمس.

(والسلب للكل)؛ أي: لجميع الجند (إن لم ينفل) الإمام به للقاتل.

(وهو)؛ أي: السلب (مَرْكَبُه)؛ أي: مركب المقتول، (وما عليه) من السرج، وآلاته[3]، (وثيابه، وسلاحه)، وكذا خاتَمه، وسواره، ومنطقته في الصحيح، كذا في الحقائق[4]، (وما معه) على الدابة من مال (لا ما مع غلامه على دابة أخرى)، ولا ما في بيته سلب.

---

(١) في (ج): (ولو).

(٢) في (ج): (بقوله).

(٣) في (أ): (الآلة).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢٥٩.

(و) حكم **(التنفيل لقطع حق الغير لا للمِلْك)** عند الشيخين **(خلافاً لمحمد)**؛ لأَنَّ التنفيل يثبت به المِلْك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب، وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف[١].

لهما: إنه لا يثبت المِلْك إلا بالقهر، ولا يتم القهر إلا بالإحراز بالدار، وفَرَّع عليه بقوله: **(فلو قال)** الإمام: **(من أصاب جارية؛ فهي له، لا يحِلّ لمن أصابها الوطء)** ولو بعد الاستبراء.

(ولا البيع قبل الإحراز) بدار الإسلام **(خلافاً له)**؛ [أي][٢]: لمحمد بناءً على ثبوت المِلْك عنده.

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) في (ج): (بإتلاف).

(٢) سقط من: (ج).

باب في بيان أحكام استيلاء الكفار بعضهم على بعض

(إذا سبى الترك الروم) [الترك][١]: جمع تركي، والروم: جمع رومي، والتقييد بهما اتفاقي؛ لأنَّ المراد بهما الكفار من البلدين، (وأخذوا)؛ [أي: الترك][٢] (أموالهم؛ مَلَكوها)؛ لأنَّ مال أهل الحرب ورقابهم مباحة؛ لعدم العصمة بالاستيلاء، والاستيلاء على المباح سبب المِلْك كالاصطياد.

(ونَمْلُك ما وجدنا من ذلك)؛ أي: من الذي سباه الترك من الروم، أو[٣] أخذوه من أموالهم (إذا غلبنا عليهم)؛ أي: على الترك؛ لأنهم مَلَكوها، فهي بمنزلة سائر أموالهم، فكما نملك سائر أموالهم نملك هذا المال.

(وإن غلبوا)؛ أي: الكفار (على أموالنا وأحرزوها بدارهم)؛ أي: بدار الحرب؛ (مَلَكوها)، وقال الشافعي: لا يملكونها[٤].

وهذا الخلاف مبني على: أن الكفار مخاطبون بالشرائع عنده، فتصير أموالنا معصومة في حقهم، فلا يملكونها بالاستيلاء.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (و).
(٤) ينظر: المجموع شرح المهذب: ١٩/٣٤٦.

وغير مخاطبين عندنا، فلا تصير معصومة.

والاستيلاء على مال غير معصوم موجب للمِلْك.

قيد بالأموال؛ لأنهم لم يملكوا مدبرنا، ومكاتبنا، وأمهات أولادنا، بالغلبة علينا اتفاقاً.

وقيد بالإحراز؛ لأنهم قبل الإحراز بدارهم لا يملكون أموالنا، وإن قسموها، حتى لو اشترى منهم تاجر شيئاً مما أخذوه[1] قبل إحرازهم بها، ووجدوه مالكه في يده أخذه بلا شيء.

(وكذا لو ند)؛ أي: هرب **(منا إليهم)**؛ أي: إلى دارهم **(بعير)** ملكوه؛ لتحقق الاستيلاء، والتقييد بالبعير اتفاقي؛ لأنَّ المراد منه: الدابة.

(فإذا ظهرنا عليهم)؛ أي: [غلبنا][2] على الكفار الذين غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم، **(فمن وجد)** منا **(مِلْكه أخذه قبل القسمة)** بين الغانمين أخذاً **(مجاناً)**؛ أي: بلا بدل **(وبعدها)**؛ أي: بعد القسمة **(إن كان مثليّاً)** المثلي[3]: ما يدخل تحت الكيل والوزن والعدد كما سيجيء في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى **(لا يأخذه)**؛ [إذ لا فائدة في أخذه][4] لوجود[5] مثله في الأسواق، **(وإن)** كان **(قيميّاً)** القيمي: خلاف المثلي **(أخذه بالقيمة)** إن شاء؛ لما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه: أن المشركين أخذوا ناقة لرَجل من المسلمين، وأحرزوا بدارهم، ثم وقعت [أ/٢١٥] في الغنيمة، فخاصم فيها المالك القديم، فسُئل النبي ﷺ عن ذلك، فقال: **«إن وجدتها قبل القسمة أخذتها بغير شيء، وإن وجدتها بعد القسمة أخذتها بالقيمة إن شئت»**[6].

---

(١) في (أ): (أخذوا).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) في (ج): (المثل).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) في (أ): (لوجوب).

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه بلفظ: «فيما أحرز العدو،=

وإنَّما فرَّق بين الحالين؛ لأنَّ المالك القديم زال مِلْكه [عنه][١] بغير رضاه[٢]، فكان له حق الأخذ نظراً له، إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة مِلْك الخاص، فيأخذه بالقيمة؛ ليعتدل النظر من الجانبين، والشركة قبل القسمة عام، فيقل الضرر، فيأخذه بغير قيمة.

(وإن اشتراه منهم)؛ أي: من الكفار **(تاجر)** في دار الحرب **(وأخرجه)** إلى دار الإسلام **(و)** الحال **(هو قيمي يأخذه بالثمن)**؛ أي: بالثمن الذي اشتراه تاجر به **(إن اشتراه به)** إن شاء، وإن شاء تركه؛ لأنَّ أخذه منه مجاناً يستلزم الضرر في حق التاجر.

(وإن اشتراه بعرض، فبقيمة العرض، وإن وهب له؛ فبقيمته)؛ أي: إن وهب للتاجر من تلك الأموال شيء يأخذ مالكه الأول منه بالقيمة؛ لأنَّه ثبت له مِلْك خاص، فلا يزول إلا بالقيمة، **(ومثله)**؛ أي: مثل القيمي **(المثلي في اشترائه بثمن، أو عرض، وإن اشتراه)** التاجر المثلي منهم **(بجنسه، أو وهب له لا يأخذه)**؛ لما ذكرنا.

(وإن كان) المشترى **(عبداً؛ فقئت عينه)** محل الجملة نصب على أنها صفة العبد **(في يد التاجر، وأخذ)** التاجر **(أرشها)**؛ أي: أرش العين من الفاقئ[٣] **(يأخذه)** المالك القديم **(بكل الثمن)**؛ أي: الثمن[٤] الذي أخذه من العدو أما الأخذ بالثمن؛ فلما قلنا [من الفرق، ولا يأخذ الأرش؛

= فاستنقذه المسلمون منهم، أو أخذه صاحبه قبل أن يقسم؛ فهو أحق، فإن وجده؛ وقد قسم فإن شاء أخذه بالثمن)، كتاب: السير، برقم: (٤٢٠١)، ٥/ ٢٠١، والبيهقي في السنن الكبرى، جماع أبواب السير، باب: من فرق بين وجوده قبل القسم وبين وجوده بعده وما جاء فيما اشترى من أيدي العدو، برقم: (١٨٢٥٢)، ٩/ ١٨٨، وفي سنده الحسن بن عمارة وهو متروك.

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (أ): (رضا).
(٣) في (أ): (الفاقي).
(٤) في (ج): (ثمن).

لأَنَّ المِلْك فيه صحيح][١]، ولا يحط شيء من الثمن؛ [لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن][٢] في مِلْك صحيح بعد القبض.

وعن محمد: سقط حصة الأرش كما في الشفيع، إذا هدم المشتري البناء، أو قطع الشجر.

(**إن شاء**)؛ [أي][٣]: المولى القديم.

(**وإن أسروه من يد التاجر، فاشتراه آخر يأخذه المشتري الأول منه بثمنه**)؛ أي: [إن][٤] أسر الكفار عبد رَجل، فاشتراه رَجل تاجر، فأدخله دار الإسلام، ثم أسروه ثانياً، فأدخلوه دارهم، فاشتراه رَجل آخر، فأدخله دار الإسلام؛ يأخذه[٥] المشتري الأول من المشتري الثاني بثمنه ثانياً، (**ثم**) إذا أخذه؛ [يأخذه][٦] (**المالك**) القديم (**منه بالثمنين**)؛ [أي][٧]: الثمن الذي اشتراه به الأول من الكفار، والثمن الذي اشتراه به الثاني منهم إن شاء؛ لأَنَّ العبد قام على المشتري الأول بالثمنين:

أحدهما: بالشراء الأول.

والثاني: بالتخليص من المشتري الثاني، فلا يحط منه شيء صيانة لحقه.

(**وليس له**)؛ أي: للمالك القديم (**أخذه من المشتري الثاني**)؛ لأَنَّ [حق][٨] الأخذ إنَّما يثبت للمالك القديم في ضمن عود مِلْك المشتري الأول، فإذا لم يثبت المتضمن؛ لم يثبت ما في الضمن.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) في (ج): (يأخذ).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (أ).

(ولا يملكون)؛ أي: الكفار بالغلبة **(حرّنا)** المحض، **(ومدبرنا، وأم ولدنا، ومكاتبنا)** حتى لو أخذوهم من دارنا وأحرزوهم بدارهم، ثم ظهرنا عليهم؛ فهم لمالكهم قبل القسمة، وبعدها بلا شيء وذلك؛ لأَنَّ الاستيلاء إِنَّما يكون سبباً للمِلْك إذا لاقى محلاً قابلاً للمِلْك، وهو المال المباح، والحر ليس بمحل للمِلْك، وكذا من سواه؛ لثبوت حريتهم من وجه.

(و) لكن **(نملك)** بالغلبة **(عليهم)**؛ أي: على الكفار **(كل ذلك)** المذكور، فإن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم، فإنهم لما أنكروا وحدانية الله تعالى، واستنكفوا عن عبادته؛ جازاهم الله تعالى بأن جعلهم عبيد عبيده، وتبع مالهم رقابهم.

(ولا يملكون عبداً أبق إليهم) عند أبي حنيفة؛ لأَنَّ الآبق لما انفصل عن دارنا؛ زالت يد المولى، فظهرت يده على نفسه، فصار معصوماً بنفسه، فلم يبقَ محلاً للمِلْك، **(فيأخذه مالكه بعد القسمة مجاناً أيضاً)**، وليس له على المالك جعل الآبق؛ لأَنَّه عامل لنفسه؛ إذ هو في زعمه أنه مِلْكه، **(لكن يعوض عنه)**؛ أي: يعطي الإمام قيمته **(من بيت المال)** لمن وقع العبد في سهمه؛ دفعاً للضرر عنه، [لأنه][1] لا يملك إعادة القسمة؛ لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم.

(وعندهما: هو كالمأسور) فيملكونه بالاستيلاء؛ لأَنَّ عصمته كانت لكونه في يد المالك، وقد زالت، ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه، الخلاف في عبد مُسْلم.

وفي الذمي له قولان.

وفي المرتد يملكونه اتفاقاً.

(وإن أبق) عبد إليهم، وذهب معه **(بفرس ومتاع)**، وأخذوها، **(فاشترى رَجل ذلك كله)** منهم؛ أي: كل ما ذكر من العبد والفرس والمتاع، **(وأخرجه)** إلينا؛ **(أخذ المالك)** القديم **(ما سوى العبد بالثمن)**؛

---

(١) سقط من: (أ).

يعني: بحصته من الثمن، **(و)** أخذ **(العبد مجاناً)** عند أبي حنيفة؛ لأنهم لم يملكوه عنده.

(وعندهما): يأخذه **(بالثمن أيضاً)** إن شاء بناءً على الأصل المذكور.

(وإن اشترى) حربي **(مستأمن)** في دارنا **(عبداً مسلماً وأدخله)**؛ أي: المستأمن العبد **(دارهم، عتق)** العبد من غير ولاء عند أبي حنيفة **(خلافاً لهما)**، فإنَّه لا يعتق عندهما؛ لأنَّ الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع، وقد انقطعت [ولاية][1] الجبر عليه، فيبقى[2] في يده عبداً.

ولأبي حنيفة: إن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب، فيُقام الشرط، وهو تباين الدارين مقام العلة، وهو الإعتاق، تخليصاً له.

(وإن أسلم عبد لهم)؛ أي: الكفار **(ثمة)**؛ أي: في دار[3] الحرب، **(فجاءنا)**؛ أي: في دارنا أو[4] عسكرنا، **(أو ظهرنا عليهم، أو خرج إلى عسكرنا، فهو حر)**؛ لما روي أن النبي ﷺ لما حاصر الطائف قال: «**أيما عبد خرج فهو حر**»، فخرج ستة أعبد أو سبعة، منها مسلمين، فلما فتحت جاء مواليهم، وتكلموا فيهم، فقال ﷺ: «**أولئك عتقاء الله تعالى**»[5]؛ ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغماً لمولاه، قيد بقوله: أسلم ثمة فجاءنا؛ لأنَّه لو دخل دارنا، ثم أسلم لا يكون حراً؛ لأنَّه كما [لو][6] دخل دارنا يقع في أيدي المسلمين قبل الإسلام، فيكون فيئاً لهم، وقالا: يكون حراً؛ لأنَّه أسلم قبل الأسر.

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) في (ج): (فبقى).

(٣) في (ج): (دارهم).

(٤) في (ج): (و).

(٥) أخرجه البيهقي في المعرفة عن ابن عباس رضي الله عنه بلفظ: (...فنادى مناديه أن: من خرج إلينا من عبد فهو حر، فخرج إليه نافع ونفيع رضي الله عنه، فأعتقهما)، كتاب: الجزية، باب: العبد يخرج من دار الحرب مسلماً، برقم: (١٨٧٠٣)، ١٣/ ٤٢١، وأحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عباس بن عبد المطلب عن النبي ﷺ، برقم: (٢٢٢٩)، ٤/ ١٠١، وحكم عليه الشيخ شعيب: أنه حسن لغيره.

(٦) سقط من: (أ).

باب في بيان أحكام المستأمن

هو يشمل مُسْلماً دخل دار الحرب بأمان، وكافراً[1] دخل دار الإسلام بأمان.

(إذا دخلَ تاجِرُنا إليهم بأمانٍ، لا يحِلُّ له أنْ يتعرَّض لشيء مِنْ مالهم أوْ دمهم)؛ لأنَّه بالاستئمان عهِدَ بأنْ لا يتعرض لهم، فالتعرض بعد ذلك يكون غدراً، والغدر حرام لنهيه ﷺ عنه.

(فإنْ أخَذَ) التاجرُ منهم (شيئاً) بطريق التعرُّض لا بطريق الشراء والهبة (وأخرجَهُ) إلى دار الإسلام [أ/٢١٦]؛ (مَلَكَهُ) لورود الاستيلاء على مالٍ مباحٍ لكنْ مِلْكاً (محظوراً)؛ أي: خبيثاً؛ لحصوله بسبب الغدر، فأورث خبثاً فيه، (فيتصَدَّق به)؛ أي: بما أخرجه.

(وإنْ غَدِر به)؛ أي: التاجر (مَلِكُهُم، فَأَخَذَ مَالَهُ، أوْ حَبَسَه، أوْ فعل ذلك غَيرُهُ)؛ أي: غيرُ المِلْك (بِعِلمِه) ولمْ يمنعه، فحينئذ (حَلَّ له التعَرُّض) لهم؛ لأنَّهم بدأوا بنقض العهد، فيجوز أخذ أموالهم، وقتل نفوسهم، وليس له أنْ يستبيح فروجهم، فإنَّ الفروج لا تحِل إلَّا بالمِلك، ولا مِلك قبل الإحراز بالدار (كالأسيرِ) المُسْلم، فإنَّه ليس بمستأمن، فيُباحُ له التعرض، وإنْ أطلقوه طوعاً.

(وإنْ أدَّانه) بتشديد الدال (ثَمَّة)؛ أي: في دار الحرب (حربي) فاعل أدَّان؛ أي: جعل الحربي المستأمنَ مديوناً بتصرف ما، (أو أدَّان) التاجر

(١) في (أ): (كافر).

(حربيّاً، أوْ غصب أحَدَهما) مِنَ (الآخر) شيئاً في دار الحرب، (وخرجا)؛ أي: التاجر والحربي (إلينا)؛ أي: إلى دار الإسلام، واستأمن الحربي، وتخاصما عند القاضي (لا يُقْضى) لواحدٍ منهما على صاحبه (بشيء) مِنَ الدَّيْن والغصب، أمَّا الإدانة فلأنَّ القضاء يعتمد الولاية، ولا ولاية للقاضي وقت الإدانة أصلاً، ولا وقت القضاء على المستأمن؛ لأنَّه بالاستئمان التزم أحكامنا في معاملات يباشرها [في دارنا لا في معاملات باشرها في دار الحرب، فلا نؤاخذه بأحكام باشرها في دارهم، وإنَّما نؤاخذ بأحكام باشرها في دارنا][1]، وأما الغصب فلأنه صار مِلْكاً للغاصب؛ لمصادفته مالاً غير معصوم كما مر.

(وكذا)؛ أي: لا يُقْضى لواحد منهما بشي (لوْ فَعَلَ ذلك)؛ أي: الإدانة أو[2] الغصب (حربيان وخرجا) إلينا حال كونهما (مسْتأمَنَيْنِ)؛ لما ذكرنا.

(وإنْ خرجا) إلينا (مسلمَيْنِ) وتحاكما (قُضِي) بينهما (بالدَّين)؛ لوقوعه صحيحاً بتراضيهما[3]، ولثبوت الولاية حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام.

(لا) يُقْضى (بالغَصْب)؛ أي: يردّ المغصوب؛ لأنَّ الغاصب مَلَكه لورود الاستيلاء على مال مباح، فلا يؤمر بالرد.

(ولوْ أسلمَ الحربيُّ بعد ما غَصَبَه المُسْلم) منه (ثُمَّ خرجا، يُفتى بالرَّدِّ)؛ أي: برد المُسْلم المغصوب (دِيانةً)، ولا يُقضى عليه.

(وإنْ قَتَل أحَدُ المُسْلمَيْنِ، المسْتأمَنَيْنِ الآخر ثَمَّة)؛ أي: في دار الحرب عمداً كان قتله أو خطأً، (فعليه)؛ أي: يجب على القاتل (الدِّيَة في ماله، والكفَّارة أيضاً في الخطأ).

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) في (ج): (و).

(٣) في (أ): (بتراخيهما).

أمَّا الكفارة؛ فلقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] بلا تقييد بدار الإسلام والحرب.

وأمَّا تخصيصها بالخطأ؛ فلأنَّه لا كفارة في العمد عندنا.

وأمَّا الدِّية؛ فلأنَّ العصمة الثابتة بالإحراز بدارنا لَمْ تبطل بعارض [من][1] الدخول بالأمان.

وأما عدم القود في العمد وهو ظاهر الرواية؛ فلأن القود لا يمكن استيفاءه[2] إلا بمنعة؛ لأنَّ الواحد يقادم[3] الواحد غالباً ولا منعة إلَّا بالإمام وأهل الإسلام، ولم يوجد في دار الحرب، فلا فائدة في الوجوب، فلا يجب كالحدِّ.

وأمَّا وجوب الدِّية في ماله في العمد؛ فلأنَّ العواقل لا تعقل العمد كما تقرَّرَ في موضعه، وفي الخطأ؛ إذْ لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين، والوجوب عليهم على اعتبار تركها، فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم، فتعَيَّن أنْ تكون مِنْ ماله.

(وإنْ كانا أسيرين)، فقَتَل أحدُهُما صاحبه، **(فلا شيء)** على القاتل **(إلا الكَفَّارة في الخطأ)** عند أبي حنيفة.

(وعندهما كالمُسْتأمَنَيْن)؛ لأنَّ العصمة لا تبطل بعارض الأسر، كما لا تبطل بالدخول دارهم بالأمان، وامتناع القصاص؛ لعدم المنعة، وتجب الدِّية في ماله؛ لما مرَّ.

وله: إنَّ الأسارى تبعٌ لهم في دارهم؛ لصيرورتهم مقهورين في أيديهم، فسقط عنهم العصمة، [وبدون العصمة][4] لا[5] تجب الدِّية، وإنَّما

(١) سقط من: (أ).
(٢) في (ج): (استيقاده).
(٣) في (ج): (يقاوم).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (فلا).

وجبت الدِّية في المستأمنين؛ لأنَّهما في دار الإسلام حكماً، وإنْ كانا في دار الحرب حقيقة؛ لأنَّهما ليسا بمقهورين في أيديهم، ودليل وجوب الكفارة ما مر من نص الكتاب(١).

(ولا شيء في قتلِ المسْلِم ثمَّة)؛ أي: في دار الحرب (مُسْلماً أسْلَمَ ولمْ يُهاجر) إلينا سواء كان القتل عمداً أو خطأً (سوى الكفَّارة في الخطأ اتفاقاً).

وعند الشافعي: تجب الدية في الخطأ، والقود في العمد(٢).

❊ ❊ ❊

فصل
فيما بقي من أحكام المستأمن

(لا يمكَّن) بتشديد الكاف؛ أي: لا يُعطى [به](٣) مكنته، وقُدرة (مُسْتأمنٌ أنْ يُقيمَ في دارنا سَنَةً) كاملة.

(ويقالُ له: إنْ أقَمتَ سَنَةً نَضَعُ عليكَ الجِزْية) الأصل: أنَّ الحربي لا يمَكَّنُ مِنْ إقامة دائمةٍ في دارنا إلا باسترقاق أو جزية؛ لأنَّه يصير عيناً(٤) لهم، فيَطَّلع على أحوالنا، وينتهي(٥) الخبر إلى ديارهم، وعوناً علينا، فتلتحق(٦) المضرة بالمسلمين، ويمَكَّن بالإقامة اليسيرة؛ لأنَّ في منعها قطع

---

(١) في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].
(٢) ينظر: الوسيط في المذهب، ٦/٣٣٢.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (علينا).
(٥) في (أ): (ينهى).
(٦) في (أ): (وتلتحق).

جلب الحوائج وسَدُّ بابِ التِّجارة، ففصل بينهما بسَنَة؛ لأنَّها مدة تجب فيها الجزية، فتكونُ الإقامة لمصلحة الجزية، فإنْ رجع بعد مقالة الإمام قبل تمام السَّنَة إلى وطنه؛ فلا سبيل عليه.

(فإنْ أقام)؛ أي: مكث بعد التوقيت (سنةً، صارَ ذِمِّيّاً)؛ لأنَّه لمَّا أقام سَنَة بعد قول الإمام؛ صار مُلتَزِماً للجزية، وللإمام أنْ يُؤقِّت في ذلك ما دون السَّنَة، فأدنى الأوقات غير مقدَّر[1]، بل هو مفوضٌ إلى رأيه، (ولا يُمَكَّنُ مِنَ العودِ إلى دارِهِ)؛ أي: دار الحرب؛ لأنَّ عقد الذِّمة لا يُنقض؛ لأنَّه خَلَفٌ عن الإسلام، والإسلام لا يُنقض، فكذا خَلَفه، وإنَّ فيه قطع الجزية، وجعل ولده حرباً علينا، وفيه مضرَّة بالمسلمين.

(وكذا) الحكم (لوْ قيل له: إنْ أقَمْتَ شهراً ونحو ذلك، فأقامَ) المدة التي قدَّرها الإمام، (أو اشترى) مستأمنٌ في دارنا (أرضاً) خراجية، (ووضع عليه)؛ أي: وظَّف[2] عليه (خراجَها؛ صارَ ذِمياً)؛ لأنَّه بالتزامه الخراج؛ صارَ ملتَزِماً للمقام في دارنا، وإنَّما قال: ووضع عليه خَراجها؛ لأنَّه بمجرد الشِّراء لا يصير ذِمياً؛ لأنَّه ربما يشتريها للتجارة، (و) لزم (عَلَيْه جِزْيَةُ سَنةٍ مِنْ حينِ وَضْعِ الخَراج)؛ لصَيرورَتِهِ ذمِّيا بلزوم[3] الخراج، فتعتبر المدة مِنْ وقت وجوبه.

(أوْ نَكَحَتْ) عطف على اشترى أرضاً (المُسْتأمَنَةُ ذِمِّياً) هنا صارت ذِمية؛ لأنَّها التزمت المقام تبعاً للزوج.

(لا)؛ أي: لا يصير ذمياً (لوْ نَكَحَ هو)؛ أي: المستأمن (ذِمِّيَّة)؛ إذْ يمكن أنْ يُطَلِّق، فيرجع إلى وطنه، بخلاف الأوَّل.

(فإنْ رَجَعَ) المستأمنُ (إلى دارِهِ حَلَّ دمه) بالرجوع؛ لأنَّه أبطل أمانه.

(وإنْ كان له)؛ أي: للراجع إلى وطنه (وديعَةٌ عند مُسْلم، أوْ) عند

---

(١) في (ج): (معد).

(٢) في (ج): (خلف).

(٣) في (ج): (يلزم).

(ذمِّي، أوْ) كان له (دَيْن عليهما)؛ أي: على المُسْلم والذمي (فأُسِرَ) الراجع، (أوْ ظُهِرَ عليهم)؛ أي: غلب المسلمون على أهل [دار][(١)] الحرب التي [هو][(٢)] [أ/٢١٧] فيها، فقتل (سقَطَ دَيْنه)؛ لأنَّه لمَّا صار مملوكاً زال مالكيته، فيكون الدَّيْن مِلْك لمن عليه؛ لأنَّ يده أسبق إليه[(٣)] مِنْ يد غيره، ومَنْ عليه الدين [إذا مِلْك الدين][(٤)] سقط عنْ ذمته، (وصارتْ وديعتُهُ فيئاً)؛ أي: غنيمة للغانمين، فيقسم بينهم؛ لأنَّها في يده تقديراً؛ لأنَّ يد المودِّعِ كيده، فتصير فيئاً تبعاً لنَفْسه، كما كانت في يده حقيقة.

وعنْ أبي يوسف: إنَّ الوديعة تصيرُ مِلْكاً للمودع؛ لأنَّ يده بها أسبق، فهو بها أحق، ولو كان له رهن، فعند أبي يوسف: يأخذه المُرتَهِنُ بدَينه.

وقال محمد: يُباع ويُوفَّى بثمنه الدَّين، والفاضل لبيت المال، [الفيء: اسم للمال المصاب مِنَ الكفَّار بغير قتال][(٥)(٦)].

(وإنْ قُتِلَ) المستأمن (ولمْ يَظْهَر عليهم، أوْ مات فَهُما)؛ أي: الوديعةُ والدَّين (لورثته)؛ لأنَّ حكم الأمان باقٍ؛ لعدم بطلانه، فيردُّ على ورثته؛ لقيامهم مقامه.

(وإنْ جاء) إلينا (حربيٌّ بأمان، و) قد كان (له زوجةٌ هناك)؛ أي: في دار الحرب (وولدٌ ومالٌ عندَ مُسْلم، أوْ) عند (ذميٍّ، أوْ) عند (حربيٍّ فأسلَمَ هنا)؛ أي: في دار الإسلام، (ثُمَّ ظهر عليهم؛ فالكُلُّ) مِنَ المذكورين (فيءٌ) أمَّا الزوجة والأولاد الكبار؛ فلعدم التبعية، وأمَّا غير ذلك؛ فلأنَّه ليس في يده، فإسلامه لا يوجب عصمته.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (عليه).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: فتح القدير، ٥/٤٤٣.

(وإنْ أسلم)؛ أي: الحربي المذكور **(ثمَّة)**؛ أي: في دار الحرب، **(ثُمَّ جاء)** هنا[١]، **(ثُمَّ ظَهَرَ عليْهِم)**؛ أي: أهل الحرب، **(وطِفْلُهُ حُرٌّ مُسْلِمٌ)** بإسلام أبيه؛ لأنَّه لمَّا أسلم في دار الحرب؛ تبعه طفله لاتحاد الدار؛ لأنَّه تحت ولايته وقت إسلامه **(وَوَديعَتُهُ عند مُسْلم، أوْ ذمي له)**؛ لأنَّ يدهما كيده، **(وغير ذلك)** مِنَ الزوجة، وأولاده الكبار، والعقار، ووديعته عند حربي **(فيء)**؛ لعدم العصمة وعدم التبعية.

(ومَنْ أسلمَ ثَمَّة، ولهُ هناك وارثٌ مسلمٌ، فَقَتَله مسلمٌ عمداً أوْ خطأً؛ فلا شيء عليه، إلَّا الكفَّارة في الخطأ).

(وإذا قُتِلَ مُسْلمٌ) نائب فاعل **(لا وليَّ لهُ خطأً، أو)** قتل **(مُستأمنٌ أسلمَ هنا)**؛ أي: في دار الإسلام؛ **(فللإمامِ أخذُ الدِّية مِنْ عاقلة القاتل)** وعلى القاتل الكفَّارة؛ لأنَّه قتل نَفْساً معصومة خطأً، فتناوله النصوص الواردة في قتل الخطأ، ومعنى قوله: للإمام، أنَّ حقَّ الأخذ له؛ ليضعه في بيت المال؛ لأنَّه نُصِب ناظراً للمسلمين، وهذا من النَّظر.

(وفي العمدِ له)؛ أي: للإمام **(أنْ يقْتَصَّ أوْ يأخذ الدِّيَّة)**؛ يعني: إذا كان القتل عمداً، فالإمام بالخيار بين القصاص وأخذ الدية بطريق الصلح؛ لأنَّ موجب العمد القصاص، وولايته[٢] نظرية ينظر فيه، فأيَّهُما رأى أصلح فعل، **(وليس له العفو مجاناً)**؛ لأنَّ الحق للعامة، وليس مِنَ النظر إسقاط حقهم بلا عوض.

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) في (ج): (هذه).

(٢) في (ج): (وولاية الإمام).

باب في بيان العشر والخراج وبيان مصارفهما

الخراج: اسم لما يخرج من غلة الأرض، ثم سُمِّي ما يأخذه السلطان خراجاً، فيقال: أدى فلان خراج أرضه، وأدى أهل الذمة خراج رؤوسهم؛ يعني: الجزية، كذا في المغرب[(١)].

(أرضُ العرب) كلها (عُشْرِيَّة)؛ لأنَّ النبي ﷺ والخلفاء الراشدين لم يأخذوا من أرض العرب الخراج، ولم يَقْبَلوا منهم إلا الإسلام أو السيف[(٢)].

(وهي: ما بين العُذَيْب) هذا تصغير عَذْبٌ، يُرادُ به: ماءُ تميم[(٣)] (إلى أقصى حَجَر)، وهو ـ بالحاء والجيم المفتوحتين: الصَّخْرُ، وإلى هذه بمعنى: مع[(٤)] (باليَمَنِ بمَهْرَةَ) ـ بفتح الميم وسكون الهاء ـ بدل من قوله:

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب: ١/١٤٢.

(٢) هذا الحديث تعقَّبه صاحب البناية فلم يجد له أصلاً في كتب الحديث ولم يجب عنه، وأجاب عنه صاحب الكنز بقوله: «وجوابه: أن العدم لا يحتاج إلى أصل؛ لأنه لو أخذ منهم الخراج لنقل، ولمَّا لم ينقل دل على عدمه، ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم».
ينظر: البناية شرح الهداية: ٧/٢٢١، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٥/١١٢.

(٣) العذيب: الماء الطيب، وهو ماء بين القادسية والمغيثة، وقيل: هو واد لبني تميم، وقيل: هو حد السواد.
ينظر: معجم البلدان: ٤/٩٢.

(٤) أي: (مع أقصى حَجَر).

(باليمن)، وهي في الأصل اسم رَجل، أوْ اسم قبيلة نُسِب إليه الإبل المَهْرِيَّة فسمي هذا المقام به[(١)]، هذا طولها، وأمَّا[(٢)] عَرْضُها، فهو ما بين يَبْرين ورَمْلِ عالجٍ (إلى حَدِّ الشَّام) بيان حد أرض العرب.

ذكر الكرخي[(٣)]: هي[(٤)] أرض الحجاز[(٥)] وتِهامة[(٦)]، واليمن، ومكة، وطائف[(٧)]، والبَرِيَّة[(٨)]؛ أي: البادية[(٩)].

(وكذا البصرة)[(١٠)]؛ لإجماع الصحابة على أنَّها عُشْرية[(١١)]، والقياس:

---

(١) ينظر: معجم البلدان: ٥/٢٣٤.
(٢) في (أ): (أما).
(٣) في النسخ (في الكافي)، ولكن المصادر في المذهب الحنفي نقلت هذا النص عن الكرخي رَحِمَهُ اللَّهُ.
ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢/٥٧، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٥/١١٣.
(٤) في (أ): (بين).
(٥) الحِجَاز: ما بين جبلي طيء إلى طريق العراق لمن يريد مكة، سُمِّي حجازاً؛ لأنه حجز بين تهامة ونجد، ويطلق الحجاز على اثنتي عشرة داراً: المدينة، وخيبر، وفدك، وذو المروة، ودار بلي، ودار أشجع، ودار مزينة، ودار جهينة، ونفر من هوازن، جلّ سليم، وجل هلال، وظهر حرة ليلة.
ينظر: معجم البلدان: ٢/٢١٩.
(٦) تِهَامة: سُميت بتهامة؛ لشدة حرها، وهي تقع بين مكة والمدينة، قريب من عسفان، وتبعد من مكة مسيرة ليلتين.
ينظر: المصدر السابق: ٢/٦٣.
(٧) الطائف: هو واد بلاد ثقيف، بينها وبين مكة اثنا عشر فرسخاً، وجل أهل الطائف ثقيف وحمير وقوم من قريش، وهي على ظهر جبل غزوان.
ينظر: المصدر السابق: ٤/٩.
(٨) في (ج): (التربة).
(٩) البادية: ضد الحاضرة، من قرى اليمامة، سُميت بذلك؛ لبروزها وظهورها.
ينظر: المصدر السابق: ١/٣١٨.
(١٠) البصرة: سميت بالبصرة؛ لأن أرضها التي بين العقيق وأرض المربد حجارة رخوة، وهي مدينة معروفة في العراق.
ينظر: معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع: ١/٢٥٤.
(١١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢٧٢.

أنْ تكون[١] خراجية؛ لأنَّها فُتِحت عنوة وأقرَّ أهلها عليها، وهي منْ جملة أراضي العراق، ولكنْ تُرِك ذلك بإجماعهم.

(وكُلُّ ما)؛ أي: كل بلدٍ (أسلمَ أهله) طوعاً، فإنَّ المسلم لا يبدأ بالخراج صيانة له عن الذل؛ لما فيه منْ معنى الجزية، وفي العشر معنى القربة، (أوْ فتِحَ عنوة)؛ أي: قهراً، (وقُسِّم بين الغانمين) ولو قسمها بينهم، ووضع الخراج عليها يجوز إذا كانت تُسقى بماء الخراج.

(وأرض السَّواد): هو عراق العرب، إنَّما سُمِّي سواداً؛ لخضرة أشجاره وزروعه[٢] (خَراجية وهي: ما بين العُذَيْب إلى عَقَبَةَ حُلْوان) بيان لعَرض أرض السواد، وحُلوان اسم بلد[٣]، (و) قوله: (منَ الثَّعلبية[٤] أوْ العَلَثْ إلى عبَّادان) بيان لطوله، وهي: ـ بفتح الثاء المثلثة وسكون العين المهملة ـ منزل من منازل البادية، كذا في المغرب[٥]، وتقديم المصنِّف، وصاحب الهداية[٦] هذا، وتأخير العلث مُشْعِر برجحان الأول، مع أن صاحب المغرب والغاية صرحا برجحان الثاني حيث قالا: وما قيل من الثعلبية إلى عبادان غلط[٧].

---

(١) في (ج): (يكون).
(٢) ينظر: معجم البلدان، ٢٧٢/٣.
(٣) حلوان العراق: وهي آخر حدود السواد مما يلي الجبال من بغداد.
ينظر: المصدر نفسه: ٢٩٠/٢.
(٤) الثعلبية: وهي من منازل طريق مكة من الكوفة، وإنما سميت بثعلبة؛ على اسم ثعلبة بن عمرو بن عامر ماء السماء.
ينظر المصدر السابق، ٧٨/٢.
(٥) المغرب في ترتيب المعرب، ٦٧/١.
(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي، ٣٩٨/٢.
(٧) يبدو مما سبق أنهم اختلفوا في ابتداء طول أرض السواد من الثعلبية أم من العلث؟
فذهب الماتن وصاحب الهداية: إلى أن الابتداء من الثعلبية.
وذهب صاحب المغرب والغاية: إلى أن الابتداء من العلث.

والعَلْث: ـ بفتح العين المهملة وسكون اللام وبالثاء[١] المثلثة ـ قرية موقوفة على العلوية، وهو أول العراق شرقي دجلة[٢]، وعبادان: حصن صغير على شاطئ البحر[٣].

(وكذا)؛ [أي][٤]: خراجية (كلُّ ما)؛ أي: بلد (فُتِح عَنوة) وغلبة (وأَقرَّ أهلَهُ عليه)؛ أي[٥]: لم ينقلهم[٦] الإمام إلى موضع آخر، (أوْ صولحوا)؛ لأنَّ عمر ﷺ حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بمحضر من الصحابة ﷺ، ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص، وأجمع الصحابة على وضع الخراج على الشام[٧] (سوى مكة)؛ فإنَّها عشرية؛ لأنَّ النبي ﷺ فتحها عنوة وتركها لأهلها، ولم يوظف عليها الخراج[٨].

(وأرض السَّواد مملوكةٌ لأهلها، يجوز بَيْعهم لها، وتصرفهم فيها) عندنا.

(وإنْ أحيا) وأصلح وزرع أرض (مواتٍ)؛ أي: ما لا يعرف لها مالك (يُعْتبر قُرْبُهُ عند أبي يوسف)؛ لأنَّ ما قرب منَ الشيء أخذ حكمه، فقرب الخراجية [خراجية][٩]، وقرب العُشْرية عُشْرية، وبه يُفتى.

(و) يُعتبر (ماؤُهُ) التي أحيا بها؛ إذْ هو سبب للنماء (عند محمد)، فإنْ أحياها بماء السماء، أو عين استنبطها، أو بئر حفرها، أو بماء الأنهار

---

(١) في (أ): (الثاني).
(٢) العلث: هو قرية على دجلة بين عكبرا وسامراء.
ينظر: معجم البلدان: ١٤٥/٤.
(٣) ينظر: المصدر السابق: ٧٤/٤.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ): (إن).
(٦) في (ج): (ينقل).
(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٣٩٨/٢.
(٨) ينظر: المصدر السابق: ٣٩٩/٢.
(٩) سقط من: (أ).

العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية، وإنْ أحياها بماء نهر حفرها الأعاجم، كنهر مَلِك كسرى في طريق كوفة من بغداد فهي خراجية[(١)]، وهذا إذا كان المُحْيي مسلماً، وأما إذا كان ذمياً فعليه الخراج، وإن كان في حيز أرض العشر.

(والخراج نوعان): أحدهما: (خراج مُقاسَمَة) وهو أنْ يوظّف في الخارج شيء مقدَّر، (فيَتَعلَّق بالخارج كالعُشْر) ونحوه على ما يراد للإمام مصلحة.

(و) الثاني: (خراجُ وظِيفَة): إنْ كان الواجب شيئاً في الذمة، فيتعلق بالتمَكُّن من الانتفاع بالأرض.

(ولا يزاد على ما وضعه عمر ابن الخطاب ﵁ على السواد)؛ أي: سواد العراق (لكلِّ جَرِيبٍ) منَ الأراضي، وهو ستون ذراعاً في ستين بذراع كسرى، وهو سبع قبضات [أ/٢١٨] من قبضات رجَل وسط، وذراع المساحة سبع قبضات وإصبع قائمة، وعند الحساب أربع وعشرون إصبعاً، والإصبع ست شعيرات مضمومة بطون بعضها إلى البعض[(٢)].

في الكفاية قيل: هذا التقدير ليس بلازم، فإنَّ جَريب الأراضي يختلف باختلاف البلدان، فيُعْتبر[(٣)] في كل بلد متعارَف أهله[(٤)].

(صالحٍ للزرعِ، صاعٌ)؛ أي: أربعة أمنان[(٥)][(٦)] (مِنْ بُرٍّ أوْ شعير) كذا في الخلاصة وفتاوى قاضيخان.

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية، ٧/٢٢٦.
(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ١/٢٩٦.
(٣) في (أ): (فيقبه).
(٤) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ٢/٣٤٣.
(٥) في (ب) و(ج): (أمناء).
(٦) المن: «مئتان وستون درهماً».
ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٤/١٤٥.

وفي شرح الطحاوي: صاع مِمَّا يزرع فيه، في الكافي: هو الصحيح[١].

(ودِرْهَمٌ) عطف على صاع، ولم يُقدَّر الدرهم للاكتفاء بما ذكره في كتاب الزكاة، مِنْ أنَّ العَشْرة منها بوزن سبعة مثاقيل.

(ولجَرِيبِ الرَّطْبَة) هي - بالفتح - البرسيم[٢] في لغة أهل مصر.

وفي الغاية الرَّطْبَةُ: اسمٌ للقَضْبِ[٣] ما دام رَطْباً[٤].

(خمْسةُ دراهِم) والخراج (ولجَرِيبِ الكَرْمِ أوْ النَّخْل المُتَّصِل)؛ [أي][٥]: متصل بعضها ببعض على وجه تكون كل الأرض مشغولة بها بحيث لا يمكن زرعها (عَشْرةَ دراهِم)، هذا هو المنقول عن عمر ﷺ، (ولما سِواه)؛ أي: الخراج الموضوع لما سوى ما ذكر مما لم يوظف فيه عمر ﷺ (كزَعفَران وبُسْتان) هو كل أرض حولها حائط، وفيها نخيل متفرقة، وأعناب وأشجار، ويُمْكن الزراعة بما بين الأشجار، [فإنْ كانت الأشجار][٦] ملتفة لا يمكن زراعة أرضها، فهي كرم (ما تُطِيق)؛ لأنَّه ليس فيه توظيف عمر ﷺ، وقد اعتبر الطاقة في ذلك، فيُعتبر فيما لا توظيف فيه.

قالوا: (ونِصْف الخارجِ غاية الطاقة) لا يزاد عليه؛ لأنَّ التنصيف[٧] غاية الإنصاف[٨].

(وإنْ لَمْ تُطِق) الأرض بنقصان الحاصل منها (ما وَظَّف) مما ذكرنا

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٧٣/٣، ومجمع الأنهر: ٦٦٦/١.
(٢) في (أ): (الراسم).
(٣) في (أ) و(ب): (للقصب).
(٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ١٣٦/١.
(٥) سقط من: (ج).
(٦) سقط من: (أ).
(٧) في (أ): (الصيف).
(٨) في (أ): (الأصناف). وما أثبتناه هو الصواب، وينظر: درر الحكام: ٢٩٧/١.

على كل جريب من الأصناف المذكورة (نَقَص) الإمام عما وظف عليها إلى ما تطيق.

(ولا يُزاد، وإنْ) ـ وصلية ـ (أطاقَت)؛ يعني: إذا أراد الإمام توظيف الخراج على أرض زائد[١] على وظيفة عمر ﷺ لَمْ يَجزْ (عند أبي يوسف)، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو الصحيح؛ لأنَّ عمر ﷺ بعث رَجلين، فمسحا[٢] أرض العراق، فبلغَ ستة ثلاثين ألفَ ألفَ جَرِيب، فوضعا عليها الخراج كما ذكر، وقالا: لو زدنا لا طاقة، فلم يزد عمر ﷺ، فلا نزيد نحن أيضاً[٣].

(خلافاً لمحمد) فإنَّ عنده يزاد على وظيفة عمر ﷺ إنْ أطاقت؛ لأنَّ النقص عن التوظيف كان جائزاً عند نقصان الطاقة، فيجوز الزيادة عند زيادتها.

(ولا خراجَ إن انقَطَع عَنْ أرضِهِ)؛ أي: أرض الخراج (الماءُ، أو غلبَ) الماءُ (عليها) حتى مضى[٤] وقت الزراعة؛ لانتفاء النَّماء التقديري المعتبر في الخراج، وهو التمكن من الزراعة.

(أوْ أصابَ الزرع آفة) لا يمكن دفعها كالبرد والجراد ونحوهما، وإنْ أمكن الدفع [كأكل][٥] الدَّواب[٦]؛ لا يسقط، وسقوطه بالآفة محمول على ما إذا لم يَبْقَ مِنَ السَّنَة قدْرَ ما يُمكن الزرع ثانياً، وإنْ بقي لا يسقُطُ، نصَّ عليه في النهاية[٧]، وإليه يُشْعر قوله: (ويَجِب) الخراج (إنْ عطَّلَها) بأنْ

---

(١) في (أ): (زائداً).
(٢) في (أ): (مسحاً).
(٣) ينظر: الأموال لابن زنجويه، كتاب: فتوح الأرضين وسننها وأحكامها، باب: أرض العنوة تقر بأيدي أهلها ويوضع عليها الطسق والخراج: ٢١٢/١.
(٤) في (ج): (مضت).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) في (أ): (كالدواب).
(٧) ينظر: العناية شرح الهداية: ٣٨/٦.

لمْ يزرعها، وهي صالحة للزراعة (مالِكُها) القادر عليها؛ لأنَّ التمكن كان ثابتاً[(١)]، و[(٢)] قد فوته، وإنْ عجز[(٣)] المالك عنِ الزراعة؛ فللإمام أنْ يدفعها إلى غيره مزارعة، وأخذ الخراج منْ نصيب المالك.

(ولا يتَغَيَّر) الخراج (إنْ أسلمَ) مالكُ الأرض الخراجية؛ لأنَّ الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة، فلا يجب ابتداءً على المُسلم بالشك، ولا يسقط انتهاء بالشك.

(أو اشتراها)؛ أي: أرض الخراج (مُسلمٌ)، وقبضها، ولمْ يمنعه مانعٌ عند الزراعة؛ لأنَّ الخراج صار وظيفةً للأرض، وقد صَحَّ أنَّ الصحابة ﷺ اشتروا أراضي الخراج، وكانوا يؤدُّون خراجها[(٤)].

ثمَّ إنْ بقي مِنَ السَّنَة مقدار ما يتمكن المشتري مِنَ الزراعة؛ فالخراج عليه، وإلَّا فعلى البائع، وقُدِّر التَّمَكُّن بثلاثة[(٥)] أشهر على المُفتى به.

(ولا عُشرَ في خارجِ أرضِ الخراج)؛ يعني: لا يُجمع بينهما عندنا.

وعند الشافعي: يجمع[(٦)].

(ولا يتكرَّرُ خراجُ الوظيفةِ بتكرُّرِ الخارج) في سَنَة وإنْ استغلها صاحبها مرات؛ لأنَّ عمر ﷺ لمْ يوظفه[(٧)] مكرراً، ولأنَّ الربع يكون في

---

(١) في (أ): (ثابت).

(٢) في (أ): (أو).

(٣) في (ج): (وإما أن يحجر).

(٤) أخرج البيهقي في المعرفة عن عتبة بن فرقد السلمي، أنه قال لعمر بن الخطاب ﷺ: إني اشتريت أرضاً من أرض السواد، فقال عمر: أكل أصحابها أرضَيْت؟ قال: لا، قال: فأنت فيها مثل صاحبها، كتاب: السير، باب: ما جاء في المسلم يأخذ أرض الخراج، برقم: (١٨٣٩٩)، ٣٣٦/١٣.

(٥) في (أ): (ثلاثة).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير: ٢٦٣/١٤.

(٧) في (ج): (يوظف).

الأعم مرَّة، فبقي الحكم على[1] الغالب، كذا في الكافي[2].

(بخلافِ العُشْرِ)؛ لأنَّ العشر لا يتحقَّقُ عُشْراً إلا بوجوبه في كل خارج.

(وخراجِ المُقاسَمة) وهو كربعِ الخارج وخُمُسه ونحوهما، فهو يتكَرَّرُ [كالعُشْر][3].

❊ ❊ ❊

فصل
في بيان أحكام الجزية

اعلم أنَّ الجزية نوعان:

الأوَّل: جزية وُضِعت عليهم بالتراضي على ما وقع عليه الاتفاق.

الثاني: وجزية وضعها الإمامُ ابتداءً إذا غلب عليهم، وأقرَّهم على أملاكهم، فأشار إلى الأوَّل بقوله: (الجِزْية إذا وُضِعت بتراضٍ أوْ صلح لا تُغَيَّرُ) بزيادة ونقص.

وإلى الثاني بقوله: (وإنْ فُتِحت بلدةٌ عَنوةً، وأقرَّ أهلها عليها، تُوضَع على الظَّاهرِ الغني) وهو مَنْ يملك عشْرةَ آلاف درهم فصاعداً (في السَّنة ثمانيةً وأربعونَ درهماً) يؤخذ منه في كل شهر أربعة دراهم، (وعلى المتَوَسِّط) وهو مَنْ يملك مئتي درهم إلى عشرة آلاف (نِصْفها)؛ أي: أربعة وعشرون درهماً يؤخذ منه في كل شهر درهمان، (وعلى الفقِيرِ القادِرِ على الكسْبِ رُبْعُها)؛ أي: اثني عشر درهماً يؤخذ منه في كل شهر درهم.

وقال الشافعي: توضع على [كل][4] حال ديناراً أوْ ما يعادل الدينار،

---

(١) في (أ): (عن).
(٢) ينظر: الكافي، لوحة ٢١٣.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).

والغني والفقير في ذلك سواء[(١)].

(وتُوضَع) الجزية (على كتابي): وهو نسبة إلى كتاب منزَّل منَ السماء، والمعنى [على][(٢)] الذي يعتقد كتاباً منَ الكتب المنزلة، كاليهود؛ فإنَّه يعتقد التوراة[(٣)]، والسامري؛ فإنَّه يعتقد الزبور، والنَّصراني؛ فإنَّه يعتقد الإنجيل.

(و) على (مجوسِيّ) وهو واحد المجوس[(٤)]، وهمْ قومٌ يعظِّمون النار ويعبدونها[(٥)].

(و) على (وثَنيّ)؛ أي: عابد وثن[(٦)] (عجمي): صفة وثني.

(لا)؛ أي: لا تُوضع على وثني (عربي)؛ لقوله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ١٦]؛ أي: إلى أنْ يسلموا، والآية نزلت في عبدة الأوثان[(٧)].

(ولا) تُوضع (على مرْتَد) أمَّا وثني العرب، فلأنَّ النبي ﷺ بُعِث منهم، وأظهر المعجزة لديهم، والقرآن نزل بلغتهم، فكانوا أحقَّ بالإيمان بالنبي ﷺ، فيكون كفرهم أقبح وأغلظ.

وأمَّا المرتد، فلأنَّه عدل عن دِين الحق بعد اطلاعه على محاسنه[(٨)]، فكفره أفحش أيضاً، (فلا يُقبل منهما إلا الإسلام أو السيف) زيادة في العقوبة في حقهما؛ لأنَّ العقوبة على قَدْر الجناية، وفي وضع الجزية تخفيف لهما، فلم يستحقاه، وعند الشافعي: يسترق مشرك العرب[(٩)].

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٢٥٥/١٢، والوسيط في المذهب: ٦٩/٧.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) في (ج): (التورية).

(٤) في (ج): (المجوسي).

(٥) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٩٧٧/٣.

(٦) المطلع على ألفاظ المقنع: ٤٤٤/١.

(٧) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٧٧/٣، والمبسوط للسرخسي: ٢٥/١٠.

(٨) في (ج): (محاسبه).

(٩) وهو القول الجديد للشافعي، والقديم على خلافه. ينظر: المجموع شرح المهذب: ٣٠٥/١٩، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: ٣٩/٦.

(وتُستَرقُّ أنثاهما وطِفلهما)؛ لأنَّ أبا بكر ﷺ استرقَّ نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا، وقسمهم [أ/٢١٩] بين الغانمين، ومنْ لمْ يسلم مِنْ رجالهم قتل لما ذكرنا[١].

(ولا جِزية على صبيٍّ، وامرأةٍ، ومملوكٍ، ومكاتَبٍ، وشيخٍ كبير).

وعنْ أبي يوسف: إنَّها تُوضع عليه إذا كان ذا مال.

(وزَمِنٍ) وكذا المفلوج (وأعمى، ومُقْعَد) ومجنون، ومعتوه، [والأصل في ذلك كله: أنَّ الجزية لإسقاط القتل، فمن لا يجب قتله؛ لا توضع عليه الجزية، وهؤلاء لا يجب قتلهم، فلا جزية عليهم، إلَّا إذا كانوا ذا رأي أو مال يعينون به، فإنَّه حينئذ واجب][٢].

(وفقيرٍ لا يكتسب)؛ لأنَّ عثمان[٣] ﷺ لمْ يوظفها على فقيرٍ غير معتمل بمحضر من الصحابة[٤]، وفيه خلاف الشافعي[٥].

(١) ينظر: الردة مع نبذة من فتوح العراق: ١٤١/١.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) المقصود عثمان بن حنيف بن واهب الأنصاري، صحابي جليل، شهد أحداً وما بعدها، ولَّاه عمر بن الخطاب ﷺ السواد، وعلي ﷺ البصرة، ولما استشار سيدنا عمر الصحابة في رَجل يوجهه إلى العراق، أجمعوا عليه، سكن الكوفة، ومات في خلافة معاوية ﷺ.

ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب: ١٠٣٣/٣، والإصابة في تمييز الصحابة: ٣٧١/٤.

(٤) الذي وظف الخراج والجزية هو عثمان بن حنيف في خلافة عمر ﷺ، وفي الأموال لابن زنجويه: أن عمر ﷺ أبصر شيخاً يسأل، فقال: ما لك؟ فقال: ليس لي مال وأنا تؤخذ مني الجزية، فقال عمر: «ما أنصفناك إن أكلنا شبيبتك، ثم نأخذ منك الجزية»، ثم كتب إلى عماله ألا يأخذوا الجزية من شيخ كبير، كتاب: الفيء ووجوهه وسبيله فمنه الجزية والسنة في قبولها وهي من الفيء، باب: فرض الجزية ومبلغها، ١٦٢/١، وينظر: الهداية: ٤٠٢/٢، والعناية: ٥١/٦، والبناية: ٢٤٧/٧.

(٥) للشافعي في هذه المسألة قولان. ينظر: اللباب في الفقه الشافعي: ٣٧٥/١، والحاوي الكبير: ٣٥١/١٢.

(وراهبٍ لا يخالط): وهو الذي انقطع عنِ الناس للعبادة، وخرج عن أهلية الحربِ، فلا يجب بدلها وهو الجزية، فأما الرهبان وأصحاب الصوامع الذين يخالطون الناس؛ فقال محمد: كان أبو حنيفة يقول: يوضع عليهم الجزية إذا كانوا يقدرون على العمل، وهو قول أبي يوسف.

قال عمرو بن أبي عمر(١): قلت لمحمد: فما قولك؟

قال: القياس ما قاله أبو حنيفة، كذا في شرح القدوري للأقْطَع(٢)(٣).

(وتَجِب في أوّل الحولِ، ويُؤخذ قسْطُ كلِّ شهرٍ فيه).

وعند الشافعي: يؤخذ إذا تمَّ الحول؛ لأنَّه حق مالي كالزكاة(٤).

ولنا: إنَّها بدل القتل، والقتل واجب في الحال، فكذا بدله بخلاف الزكاة؛ لأنَّها عبادة فيراعى فيها التيسير، وهذه عقوبة، فتشدد.

(وتَسْقطُ) الجزية (بالإسلامِ)؛ [أي: لو أسلم مَنْ عليه الجزية قبل أنْ تؤخذ منه؛ تسقط عنه مطلقاً](٥) (أو الموت).

وقال الشافعي: لا تسقط [فيهما](٦)؛ لأنَّها كسائر الديون(٧).

ولنا: إنَّ الجزية عقوبة دنيوية شرعت لدفع الشر، وقد اندفع شره بالإسلام أو الموت.

---

(١) عمرو بن أبي عمر من أصحاب محمد بن الحسن.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ١/٤٠٠.

(٢) شرح القدوري، للإمام أحمد بن محمد، المعروف بأبي نصر الأقطع، المتوفى ٤٧٤هـ، حيث قال: رأيت أن أشرحه شرحاً لا أحيد عن حد الاختصار، وأذكر في كل مسألة من مسائل الكتاب ما يعتمد عليه، وبه يستخرج الجواب عن أخواتها من المسائل.
ينظر: كشف الظنون، ٢/١٦٣١.

(٣) ينظر: رد المحتار على الدر المختار: ٤/١٩٩.

(٤) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/٢٦٠.

(٥) سقط من: (ج).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: ١٠/٣١٢.

(وتَتَداخل) الجزية [على صيغة المضارع بحذف إحدى التائين لتناسب العطف][١] (بالتكرُّرِ)؛ يعني: إذا لمْ يؤخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان أو أكثر، لا يؤخذ منه إلا جزية واحدة عنده.

(خلافاً لهما) وللشافعي[٢]؛ لأنَّها حق واجب في الذمة في كل سنة، فلا يسقط بالتأخير كالزكاة في حق المُسْلم.

وله: إنَّها[٣] عقوبة، فإذا اجتمعت تداخلت كالحدود[٤] (بخلافِ خراجِ الأرض)؛ فإنَّه لا تداخل فيه بالاتفاق.

وقيل: على الخلاف.

(ولا يجوز) لأهل الذمة (إحداثُ بِيعَة) - بكسر الباء - (أو كنيسة) يقال: كنيسة اليهود والنصارى لمُتَعَبَّدهم، وكذا[٥] البِيعةُ مطلقاً في الأصل، وإنْ غلب استعمال الكنيسة لمتعَبَّد اليهود، والبِيعة لمتعبد النصارى كذا في النهاية[٦]، (أو صَوْمعة) للتخلي فيها بمنزلة البِيعة، بخلاف موضع الصلاة في البيت؛ لأنَّه تبع السكنى (في دارنا)؛ أي: في دار الإسلام؛ [لقوله ﷺ: «لا كَنيسَة في الإسلام»[٧]][٨]؛ أي: إحداثها.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: ٣١٢/١٠.
(٣) في (ج): (أنها).
(٤) في (أ): (كالدود).
(٥) في (ج): (وكذلك).
(٦) ينظر: العناية شرح الهداية، ٥٨/٦.
(٧) أخرجه البيهقي عن ابن عباس ﷺ بلفظ: «لا إخصاءَ في الإسلام، ولا بُنيان كنيسة» كتاب: السبق والرمي، باب: كراهية خصاء البهائم، برقم: (١٩٧٩٣)، ٤١/١٠، وابن زنجويه في الأموال، كتاب: فتوح الأرضين وسننها وأحكامها، باب: ما جاء فيما يجوز لأهل الذمة أن يحدثوا في أرض العنوة في أمصار المسلمين وما لا يجوز لهم، برقم: (٣٩٨)، ٢٦٨/١، وهو حديث ضعيف.
ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٣٥/٢.
(٨) سقط من: (ج).

(وتُعاد المُنْهدِمة مِنْ غيرِ نَقل)؛ يعني: يجوز لهم أنْ يبنوها في ذلك الموضع على قَدْر البناء الأول؛ لأنَّ المنقول مِنْ لدن نبينا إلى يومنا هذا: أنَّ البِيَع والكنائس تُتْرك، فهذا يدل على جواز الإعادة؛ لأنَّ البناء لا يقوم دائماً مِنْ غير نقل إلى مكان آخر؛ [لأنَّه إحداث في الحقيقة][1].

وقيل: هذا في الأمصار دون القرى؛ لأنَّ الأمصار هي التي تقام فيها شعائر الإسلام، ولهذا يمنعون مِنْ بيع الخمر، والخنزير، وضرب الناقوس خارج الكنيسة في الأمصار لما قلنا، ولا يُمنَعون مِنْ ذلك في قرية لا يُقام فيها الجُمَع [و][2] الحدود، وإنْ كان فيها عدد كثير مِنَ المسلمين.

وقيل: يمنعون فيها أيضاً؛ لأنَّ فيها بعض الشعائر، والمروي عنْ صاحب المذهب من الجواز كان في قرى الكوفة؛ لأنَّ أكثر أهلها أهل الذمة، وفي أرض العرب يمنعون منْ ذلك كله؛ لقوله ﷺ: «لا يَجتَمع دِينانِ في جزيرة العرب»[3].

(ويُمَيَّزُ الذِّمي) عنِ المسلمين (في زِيِّهِ) الزي: ـ بكسر الزاي [المعجمة][4] ـ اللباس والهيئة، فلا يلبس ما يختص بأهل العِلْم والشرف.

(و) يُمَيَّز في (مَرْكَبِهِ، وسَرْجِهِ، ولا يَرْكَبُ خيلاً) إلَّا عند إعانته للمسلمين في الحرب.

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) أخرجه مالك في الموطأ عن ابن شهاب، كتابك الجامع، باب: ما جاء في اليهود، برقم: (١٨٦٢)، ٦٣/٢، وعبد الرزاق في مصنفه عن سعيد بن المسيب، كتاب: أهل الكتاب، باب: إجلاء اليهود من المدينة، برقم: (٩٩٩٠)، ٥٥/٦، وهو حديث صحيح.
ينظر: نصب الراية: ٤٥٤/٣.
(٤) سقط من: (ج).

(ولا يَعْملُ بسِلاحٍ)؛ أي: لا يَسْتعملهُ ولا يحمله؛ لأنَّه ليس مِنْ أهل الجهاد.

(ويُظْهِرُ الكُسْتِيجَ): وهو خيط غليظ بقَدْر الإصبع من الصوف أو الشَّعَر يشده الذمي على وسطه فوق الثياب[١]؛ ليكون ذلك علامةً لهم، [حتى][٢] لا يُعامل مُعاملة المسلمين، وهو غير الزِّنَّار؛ فإنَّه مِنَ الإبرسيم، ويزينون به، فارسي معرب.

(ويَركَبُ سُرجاً كالإكاف) وهو البردعة.

وقالوا: (والحقُّ)؛ أي: الأصح (أنْ لا يُترك أنْ يَرْكب)؛ يعني: الخيل، وفي البغل اختلاف المشايخ (إلَّا لضرورة)؛ أي: وقت الضرورة كذهاب [المريض][٣] منهم إلى موضع يحتاج إليه، واحتياج الإمام إلى الاستعانة بهم في الدفع عنِ المسلمين، فيركبون[٤]، (وحينئذٍ ينزلِ) عنِ الدواب (في المجامع)؛ أي: مجامع المسلمين.

(ولا يلبسُ ما يخُصُّ أهلَ العِلْمِ والزهدِ والشَّرف)، فيمُنَعون مِنْ لبس الثياب الفاخرة، حريراً كان أو غيره، كالصوف الرقيق، والجوخ الرقيق.

(وتُمَيَّزُ أنثاه) عنْ أنثى المُسْلم (في الطريق)؛ أي: في حالة المشي بأنْ تمشي في ناحية الطريق لا في وسطه، (والحَمَّام) بأنْ تُجعل في عنقها طوق الحديد.

(ويُجْعل على دارهِ علامةٌ كيلا يُسْتَغْفرَ له)؛ يعني: كي لا يقف عليها سائل، فيدعو له بالمغفرة، ويُمنعون أيضاً عن[٥] التعَلِّي في بنائهم على

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب: ٤٠٧/١.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (فيركبوا).
(٥) في (ج): (على).

المسلمين، ومنَ المساواة عند بعض العلماء، وأمَّا القديم؛ فيترك على قِدَمه.

(ولا يُبْدأ بسلام)؛ أي: لا يسلمه المُسْلم أوّلاً (ويُضَيَّق عليه الطريق)؛ [يعني][1]: إذا التقى المُسْلم [و][2] الكافر، يَجعله المُسْلمُ في الطريق الضَّيق منَ الطريق، [وكل ذلك للتحقير وتعظيم أهل الدِّين][3].

(ويُؤدي) الذمي (الجِزيَة) [بنفسه][4] حال كونه (قائماً، والآخذُ قاعدٌ، ويُؤخذُ بتَلْبِيبِهِ)؛ أي: بجيبه، (ويُهَز)؛ أي: يحرك، (ويقال له: أَدِّ الجزية يا ذمي) واقتصر عليه في المَجْمع[5].

(أَوْ) يقال له: أَدِّ الجزية (يا عدوَّ الله)، واقتصر عليه في المختار[6]، وإنَّما يُفعل ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُوا۟ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ﴾ [التوبة: ٢٩]؛ أي: حقيرون[7].

(ولا يُنْقَض عهدُهُ)؛ أي: عهد الذمي (بالإباءِ) والامتناع (عَنْ) أداء (الجزية)؛ لأنَّ الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أدائها، والالتزام باق كذا في الهداية[8].

[أقول: فيه إشكال؛ لأنَّ معنى الإباء عن الجزية التصريح بعدم أدائها، كأن يقول: لا أعطي [أ/٢٢٠] الجزية بعد هذا، وظاهره :أنْ ينافي بقاء الالتزام، اللهم إلَّا أنْ يراد بالالتزام: تأخيرها، والتعليل في أدائها، ولا يخفى بعده.

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: مجمع البحرين وملتقى النيرين: ٨١٣/١.
(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٣٩/٤.
(٧) ينظر: البحر المحيط في التفسير: ٤٠١/٥، وتفسير القرآن العظيم: ١٣٣/٤.
(٨) الهداية في شرح بداية المبتدي: ٤٠٥/٢.

وفي رواية الواقعات الحسامية[١] في كتاب الزكاة قال: إذا امتنعوا عنْ أداء الجزية يقاتلون؛ لأنهم إذا امتنعوا في الابتداء عن قَبُول الذمة يقاتلون، فكذا في الانتهاء[٢]][٣].

(أَوْ بزناهُ بِمُسلمَةٍ، أَوْ قتلُهُ مسلماً)؛ لأنَّ كلّاً منهما معصية[٤]، وهي لا تمنع العهد ما بقي التزامهم الجزية، (وسبُّهُ النبي ﷺ).

قال الشافعي: سبه النبي ﷺ يَنقُض العهد؛ لأنَّ عقد الذِّمة خَلَف عنِ الإيمان في إفادة الأمان فما ينقض الأصل الأقوى ينقض الخَلَف الأدنى بطريق الأولى[٥].

ولنا: إنَّ سبه النبي ﷺ كفر، والكفر المقارن لا يمنع عقد الذمة، فالطارئ كيف يرفعه؟ مع أنَّ الدفع أسهل مِنَ الرفع، [وأيضاً قال يهودي لرسول الله ﷺ: السام عليكم، فقال أصحابه: نقتله؟ فقال رسول الله: «لا»[٦] رواه البخاري.

---

(١) واقعات الحسامي المُسمَّى بالأجناس، للإمام حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخاري الحنفي، المتوفى ٥٣٦هـ، جمع فيه بين النوازل لأبي الليث، والواقعات للناطفي، وفتاوى أهل سمرقند، ورتب كتاب: المختصر المنسوب إلى الحاكم الشهيد.
ينظر: كشف الظنون: ١٩٩٨/٢.

(٢) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ١٢٤/٥.

(٣) من قوله: (أقول فيه إشكال) إلى قوله: (في الانتهاء) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (تعصيه).

(٥) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٤٢٨/١٩.

(٦) أخرجه البخاري عن هشام بن زيد بن أنس بن مالك قال: سمعت أنس بن مالك يقول: مر يهودي برسول الله ﷺ فقال: السام عليك، فقال رسول الله ﷺ: «وعليك»، فقال رسول الله ﷺ: «أتدرون ما يقول؟» قال: «السام عليك»، قالوا يا رسول الله ألا نقتله؟ قال: «لا، إذا سلم عليكم أهل الكتاب فقولوا: وعليكم»، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب: إذا عرض الذمي وغيره بسب النبي ﷺ ولم يصرح نحو قوله: السام عليك، برقم: (٦٩٢٦)، ١٥/٩، وينظر: تبيين الحقائق: ٢٨١/٣.

وهذا إذا سبه كافر، وأمَّا إذا سبه، أو واحداً منَ الأنبياء عليهم السلام مسلم ولو سكران؛ فإنَّه يقتل حداً، ولا توبة له أصلاً، سواء بعد القدرة عليه والشهادة، أو جاء تائباً مِنْ قبل نفسه كالزنديق؛ لأنَّه حدٌّ وجب، فلا يسقط بالتوبة، ولا يُتَصَّور خلاف لأحد؛ لأنَّه حد تعلق به حق العبد، فلا يسقط بالتوبة كسائر حقوق الآدميين، وكحد القذف لا يزول بالتوبة بخلاف ما إذا سب الله تعالى، ثم تاب؛ لأنَّه حق الله تعالى؛ ولأن النبي بشر، والبشر جنس تلحقه المعرة إلا من أكرم الله تعالى، والباري تعالى منزه عن جميع المعايب، وبخلاف الارتداد؛ لأنَّه معنى يتفرد به المرتد، ولكونه حق الغير][1].

(بل) ينقض عهده عندنا، ويستحق القتل **(باللحاق بدار الحرب، أو الغلبة على موضع لمحاربتنا)**؛ لأنهم صاروا بذلك حرباً علينا، فيعرى عقد الذمة عن الفائدة، وهو دفع شر الحرب[2] عنا، **(ويصير)** بإلحاق بدار الحرب أو بالغلبة على موضع لمحاربتنا **(كالمرتد)** في حل قتله، وحل ديونه المؤجلة، وعتق أمهات أولاده ومدبريه، وقِسْمَةِ ماله بين ورثته؛ لأنَّه التحق بالأموات بتباين الدارين، **(لكن لو أسر)** الذمي الذي نقض العهد أو لحق بدار الحرب؛ **(يسترق)** بخلاف المرتد، **(والمرتد يُقتل)**؛ لما مر [بيانه][3]، وسيأتي إلا أن يرجع، فيسلم.

(ويؤخذ من) مال بالغي نصارى **(بني تغلب)** ـ بالغين المعجمة ـ وهم من نصارى العرب، سكنوا بقرب الروم[4] **(رجالهم ونسائهم ضعف الزكاة)** وهو نصف العشر؛ لأَنَّ الزكاة ربع العشر؛ لأَنَّ عمر ﷺ صالحهم على

---

(١) من قوله: (وأيضاً) إلى قوله: (حق الغير) سقط من: (ج)، وينظر: مجمع الأنهر: ٤٨٢/٢.
(٢) في (ج): (الحراب).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) ينظر: النكت، للسرخسي، وشرح النكت، للعتابي: ١٣٩/١.

ضعف زكاة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير[(١)].

(لا)؛ أي: لا يؤخذ (من صبيانهم)؛ لأنَّ الصلح على الصدقة المضاعفة، والصدقة لا تجب على الأطفال، فكذا المضاعف، بخلاف النساء؛ لأنها أهل الوجوب، وقال زفر: لا يؤخذ من نسوانهم[(٢)] أيضاً، وهو قول الشافعي[(٣)].

(ويؤخذ من مواليهم)؛ أي: من عتقاء[(٤)] بني تغلب (الجزية) لأنفسهم، (والخراج) لأراضيهم [خلافاً لزفر؛ فإنَّه يقول: يؤخذ منه ضعف زكاتنا، وهو الخمس في الأراضي، ونصف العشر في غيرها مما يجب فيه الزكاة][(٥)] (كموالي قريش) في حق عدم التبعية للمولى حيث تؤخذ منهم الجزية والخراج إذا كانوا كافرين، فقوله ﷺ: «موالي القوم منهم»[(٦)] إنَّما يعمل به في حق حرمة[(٧)] الصدقة، فيجعل مولى الهاشمي كالهاشمي في هذا الحكم؛ لأنَّ الحرمات تثبت بالشهادة[(٨)].

---

(١) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن داود بن كردوس قال: صالح عمر بن الخطاب رضي الله عنه بني تغلب على أن يضاعف عليهم الصدقة، ولا يمنعوا أحدا منهم أن يسلم، وأن لا يغمسوا أولادهم، كتاب: الجزية، باب: نصارى العرب تضعف عليهم الصدقة، برقم: (١٨٧٩٤)، ٣٦٢/٩.

(٢) في (أ): (نسائهم).

(٣) ينظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج، محمد بن محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري: ٤١٥/٩.

(٤) في (أ): (عتقائهم).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) أخرجه الترمذي عن أبي رافع بلفظ: «إن الصدقة لا تحل لنا، وإن موالي القوم من أنفسهم» أبواب الزكاة، باب: ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه، برقم: (٦٥٧)، ٣٧/٣، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب: الزكاة، باب: مولى القوم منهم، برقم: (٢٤٠٤)، ٨٥/٣، والحاكم في كتاب: الزكاة، برقم: (١٤٦٨)، ٥٦١/١، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرّجاه»، وقال عنه الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٧) في (ج): (خدمة).

(٨) في (ج): (الشبهات).

ولما بيَّن على من وجب هذا؛ أراد أن يُبيّن المصارف، فقال:

(ويصرف الخراج والجزية وما أخذ من بني تغلب، أو من أرض أجلي) بالجيم يقال: أجلى الإمام القوم؛ أي: أخرجهم من البلد **(أهلها عنها، أو أهداه)**؛ أي: المال **(أهل الحرب)** إلى الإمام **(أو أخذ منهم)**؛ أي: من الكفار **(بلا قتال)** إنَّما قيد به؛ لأنَّ المأخوذ منهم بالقتال يخمس، ثم يقسم بين الغانمين كما مر **(في مصالح المسلمين)** متعلق بقوله: (يصرف).

(كسد الثغور) وهو جمع ثغر، وهو موضع المخافة من العدو.

و**(وبناء القناطر)**: جمع قنطرة، وهو ما يُبنى على الماء للعبور[(١)]، **(والجسور)** وهي جمع جسر، وهو أعم من القنطرة؛ لأنَّه قد يكون بالخشب، وقد يكون بالتراب، والقنطرة لا تكون إلا بالحجر[(٢)].

[وفي الشمني[(٣)]: الجسر ما رتب للمرور عليه، ويرفع ويوضع، الشبيه في قوله: (كسد الثغور) يُشعر بأن لها مصرفاً آخر، وهو عمارة المسجد، والرباط، وكري الأنهار][(٤)].

(وكفاية العلماء)؛ أي: أئمة التفسير والحديث والفقه لا غير على ما في الكبرى، فاللام للعهد **(والمدرسين، والمفتين، والقضاة، والعمال)** للمسلمين.

(و) رزق **(المقاتلة)**؛ أي: أهل القتال، **(وذراريهم)**؛ أي: ذراري المقاتلة، وإليه يشعر كلام الكافي والهداية[(٥)].

---

(١) ينظر: معجم الفروق اللغوية: ١/١٣٦.
(٢) ينظر: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: ١/٣٥٥.
(٣) ينظر: خليج البحار: ص٩٠١.
(٤) سقط من: (ج).
ينظر: المبسوط للسرخسي: ٣/١٨.
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢/٤٠٦.

وقيل: إنه راجع إلى الجميع؛ بناءً على الاشتراك فيما ذكروا من الدليل، وهو أن المقاتلة لو اشتغلوا بكسب نفقة ذراريهم؛ لم يتيسر لهم الفراغ للقتال.

(ومن مات) من المذكورين **(في نصف السَّنَة حرم من العطاء)** وهو ما يكتب لهم في الديوان مما يكفيهم؛ أي: لا شيء له منه؛ لأَنَّه نوع صلة، وليس بدَين، ولهذا سُمي عطاء، فلا يملك قبل القبض، ويسقط بالموت، وأهل العطاء في زماننا القاضي، والمفتي، والمدرس، وإنَّما وضع المسألة في نصف السَّنَة؛ لأَنَّه لو مات في آخرها يُستحب صرف ذلك إلى قريبه.

إمام المسجد إذا رفع الغلة، وذهب قبل مضي السَّنَة؛ لا يُسترد منه غلة بعض السَّنَة، والعبرة لوقت الحصاد، [فإن كان الإمام وقت الحصاد يؤم في المسجد؛ يستحق الغلة.

وفي فوائد صاحب المحيط[1]: المؤذن والإمام إن كان لهما وقف، فلم يستوفيا حتى ماتا؛ فإنَّه يسقط؛ لأَنَّه في معنى الصلة[2].

وقيل: لا يسقط؛ لأنه كالأجرة، ولما فرغ عن بيان أحكام الكفر الأصلي؛ شرع في بيان أحكام العارضي منه، فقال][3]:

❖ ❖ ❖ ❖

(١) فوائد برهان الدين صاحب المحيط، للإمام محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه البخاري، المتوفى ٦١٦هـ.
ينظر: كشف الظنون: ١٢٩٦/٢.

(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٣٠٠/١.

(٣) سقط من: (ج).

باب المرتد

(مَنْ ارْتَدَّ ـ والعياذ بالله ـ) جملة معترضة (يُعرَض عليه الإسلام) استحباباً؛ لرجاء[(١)] العود إليه (وتُكْشَفُ شُبْهَته، إنْ كانت) له شبهة في أمر دينه.

(فإن اسْتَمْهَلَ)؛ أي[(٢)]: إنْ طلب أنْ يُمْهَلَ بعد العَرْضِ للنَّظر والتدبير؛ (حُبِسَ ثلاثةَ أيَّام) [قيِّد به][(٣)]؛ لأنَّه إنْ[(٤)] لم يطلب المُهْلة؛ يُقْتل[(٥)] مِنْ ساعته في ظاهر الرواية.

وفي النَّوادر[(٦)] عن الشيخين: المُسْتحبُّ للإمام أنْ يُمْهِلهُ ثلاثة [أيام][(٧)] طلب ذلك أو لا[(٨)].

[وقال الشافعي: يجبُ على الإمام أنْ يُمْهِلهُ ثلاثة أيَّام لا يَحِلُّ له أنْ

(١) في (ج): (بالرجاء).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (لو).
(٥) في (ج): (قتل).
(٦) هذا المصطلح عند الحنفية يطلق على المسائل التي رويت عن أئمة المذهب، أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، وهي مذكورة في غير كتب ظاهر الرواية كالرقيات، والهارونيات، والجرجانيات.
ينظر: الكواشف الجلية عن مصطلحات الحنفية: ص٦٢.
(٧) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٠/٩٩.

يَقْتلهُ قبل ذلك[(١)]؛ لأنَّ ارتداد المُسْلم [أ/٢٢١] يكونُ عَنْ شبهة ظاهراً، فلا بُدَّ مِنْ إمهالِهِ مُدّةً يَقْدِرُ على إزالتها بِالتّأمُّلِ، فَقدَّرْنَا بالثلاث؛ لأنَّ الثلاثةَ مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لإزالةِ الأعذار كما في شرط الخيار.

ولنا: قوله ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ؛ فَاقْتُلُوه»[(٢)]؛ ولِأَنَّهُ كافِرٌ حَرْبِيٌّ بلغه الدعوة، فَيُقْتَلُ في الحالِ بِلا إمهالٍ كَالكافِرِ الأصلي، ولا يَجُوزُ تأخيرُ ما وجب للحال لأمرٍ مَوهُومٍ في الاستقبال][(٣)].

(فَإِنْ تاب) جزاءُ الشَّرطِ مَحذُوفٌ، وهو فيها؛ أي: فَبِالخِصْلةِ الحَسَنةِ، أخذ (وَإِلَّا)؛ أي: وَإِنْ لَمْ يَتُبْ في ثلاثةِ أيّامٍ؛ (قُتِلَ)؛ لما روينا من الحديث.

وفي المبسوط: «وَإِنْ ارْتَدَّ ثانياً [وَثالثاً][(٤)]، فكذلك يُسْتَتَابُ»[(٥)]، وَبِهِ قالَ أكثرُ أهْلِ العِلْمِ؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥].

---

(١) اختلف الشافعية في حكم الاستتابة على قولين:
الأول: أنها واجبة.
الثاني: أنها مستحبة.
واختلفوا في مدة الاستتابة كذلك على قولين:
الأول: ثلاثة أيام.
الثاني: في الحال، وهو الأصح.
ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي: ٢٣١/١.

(٢) أخرجه البخاري عن عكرمة قال: أتي علي ﷺ بزنادقة فأحرقهم، فبلغ ذلك ابن عباس ﷺ فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم؛ لنهي رسول الله ﷺ: «لا تعذبوا بعذاب الله» ولقتلتهم؛ لقول رسول الله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب: حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، برقم: (٦٩٢٢)، ١٥/٩، وأبو داود في كتاب: الحدود، باب: الحكم فيمن ارتد، برقم: (٤٣٥١)، ١٢٦/٤.

(٣) من قوله: (وقال الشافعي) إلى قوله: (في الاستقبال) سقط من: (ج).

(٤) سقط من: (أ).

(٥) المبسوط، للسرخسي: ٩٩/١٠.

وعن أبي يوسف: إذا تَكَرَّرَ مِنهُ الارْتِدَادُ يُقْتَلُ مِنْ غير عرض الإسلام؛ لأنَّهُ مُسْتَخِفٌّ بِالدِّينْ.

(وَتَوبَتُهُ) حَاصِلٌ (بِالتَّبَرِّي عَنْ كُلِّ دِينٍ سِوى الإِسْلامْ)؛ يعني: يأتي بِالتَّبَرِّي بعد إتْيانِ الشهادتين قَبْلَ أنْ أتى بِالشَّهادَتين، و[لو][1] قال: فَلَمْ أدْخُلْ في هذا الدِّين، وأنا بَرِئٌ منه؛ أي: مِنَ الدِّينِ الذي ارْتَدَّ منه، فَهِيَ تَوبةٌ أيضاً، وقد أشار إليه المُصَنِّفُ بقوله: (أو) بِالتَّبَرِّي (عما انْتَقَلَ إليه)؛ لأنَّ المقصود يحصلُ به.

(وَقَتْلُهُ)؛ أي: قَتْلُ المُرْتَدِّ (قبل العَرْض)؛ أي: عرض الإسلام (تَرْكُ نَدْبٍ)؛ أي: مُسْتَحَبٌّ؛ لما مَرَّ أنَّ العَرْض مُسْتَحَبٌّ.

قال في الهداية: «فإنْ قَتَلَهُ[2] قاتل[3] قبل عرض الإسلام عليه؛ كُره»[4]، ومعنى الكراهة هنا: ترك المستحب. انتهى.

قال العَلَّامَةُ ابنُ الهمام: فَهي كراهةُ تَنْزِيهٍ، وعند مَنْ يقولُ بِوجُوبِ العرضِ: كراهةُ تحريم[5].

(لا ضمان فيه)؛ أي: لا شيء على قاتله قبل العرض؛ لأنَّ الكُفرَ مُبِيحٌ، والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب، والسَّاحرُ كالمُرْتَدِّ.

قال أبو حنيفة في المجرد[6]: السَّاحرُ يُقْتَلُ، وَلا تُقْبَلُ تَوبَتُهُ في تَرْكِهِ

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) في (ج): (قتل).
(٣) في (أ): (قال) ولعلها زائدة.
(٤) الهداية في شرح بداية المبتدي: ٤٠٦/٢.
(٥) فتح القدير: ٣٨٧/٤.
(٦) المجرد كتاب: للحسن بن زياد.
ينظر: كشف الظنون: ١٢٨٢/٢.

السِّحْرَ، وكذلك السَّاحِرَةُ[(١)]؛ لأنَّ عمر ﷺ كَتَبَ إلى نُوَّابِهِ: «أنْ اقْتُلُوا السَّاحِرَ وَالسَّاحِرَة»[(٢)].

(وَيَزُولُ مِلْكُهُ عَنْ مَالِهِ) زَوالاً (موقوفاً)؛ أي: يراعى[(٣)] إلى أنْ يَتَبَيَّنَ حَالهُ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ المِلْكَ تَابعٌ للعِصْمةِ، وَقَدْ زَالَتْ عِصْمَةُ نَفْسِهِ موقوفاً، فكذا عِصْمَةُ مَالِه؛ لأنَّها تَابِعَةٌ لها خِلافاً لَهُما كما سيأتي.

(فإنْ أسْلَمَ عَادَ) مِلْكُهُ كما كان، هذا تفسير لِقولِهِ: (موقوفاً).

(وإنْ مَاتَ، أو قُتِلَ، أو لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ وَحَكَمَ) القاضي (به)؛ أي: بِلحَاقِهِ بِدارِ الحرب؛ (عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ، وأُمَّهاتُ أولادِهِ، وَحَلَّتْ دُيُونُهُ) المؤجلة؛ لأنَّ اللحاق كالموتِ، فلذا قال: (وَكَسْبُ إسلامِهِ لِوارِثِهِ المُسْلم).

فإنْ قيل: المُسْلمُ لا يرثُ الكافرَ، فكيفَ يَرِثُهُ المسلم؟

قلنا: إنَّ مِلْكَهُ في كَسْبِهِ بعد الرِدَّةِ بَاقٍ؛ لما عرفت أنه موقوف، فَيُنْقَلُ كَسْبَهُ في الإسلام إلى وارِثِهِ لإمكانِ استنادِهِ؛ لِوُجُودِهِ قَبْلَ الرِدَّةِ، فلا يُمْكِنُ الاسْتنادُ في كَسْبِ الرِدَّةِ؛ لِعدمه قبلها، ومِنْ شَرْطِ الاسْتِنَادِ، وُجُودُ الكسبِ قَبْلَ الرِدَّةِ، فيكونُ توريثُ المُسْلمِ مِنَ المُسْلمْ.

(وَكَسْبُ رِدَّتِهِ فَيءٌ)، فَيُوضعُ في بيتِ المال.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٩٣/٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه عن عمرو بن دينار سمع بجالة يحدث عمرو بن أوس وأبا الشعثاء قال: كنت كاتباً لجزء بن معاوية عم الأحنف بن قيس؛ إذ جاءنا كتاب: عمر قبل موته بسنة: اقتلوا كل ساحر...، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: في أخذ الجزية من المجوس، برقم: (٣٠٤٣)، ١٦٨/٣، وأحمد في مسنده، برقم: (١٦٥٧)، ١٩٦/٣.

(٣) في (ج): (مراعى).

وقال الشافعي: كلاهما فيء؛ لأَنَّهُ ماتَ كَافِراً، وَالمُسْلمُ لا يَرِثُ الكافر[(١)].

(وَيَقْضِي دَيْنَ إِسْلَامِهِ مِنْ كَسْبِ إِسْلَامِهِ، و) يقضي (دَينَ رِدَّتِهِ مِنْ كَسْبِها) [عند أبي حنيفة][(٢)].

(وَيُوقَفُ بَيعُهُ، وَشِرَاؤُهُ، وإِجَارَتُهُ، وَهِبَتُهُ، وَرَهْنُهُ، وَعِتْقُهُ)؛ أي: إعْتَاقُهُ (وَتَدْبِيرُهُ، وَكِتَابَتُهُ، وَوَصِيَّتُهُ)؛ لأنَّها تَقْتَضِي المِلكَ المُقَرَّر، وَفسَّر وقوفها بقوله:

(فَإِنْ أَسْلَمَ صَحَّتْ) هذه التصرفات (وإنْ مَاتَ، أو قُتِلَ، أو حُكِمَ بِلَحَاقِهِ؛ بَطَلَتْ) عند أبي حنيفة بناءً على الأصل عنده: أنَّ الرِّدَّة تُزيلُ المِلْكَ، فلذا قال: (وقالا: لا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْ مَالِهِ) ما دام حياً كالمقضى عليه بالرَّجم أو القَوَدِ[(٣)].

(وَتُقْضى دُيُونُهُ مُطْلَقاً)؛ أي: سواءٌ كانت في إسلامه أو رِدَّتِهِ (مِنْ كلا كَسْبَيْه) كَسْبُ إِسْلامِهِ وكَسْبُ رِدَّتِهِ؛ لثبوت مِلكِهِ فيهما، (وَكِلَاهُمَا لِوَارثه المُسْلم).

لهما: إنَّ صِحَّة التَّصرُفِ تَعْتَمِدُ على قيام الأهلِيَّة، وَهي موجودةٌ فيه؛ لكونِهِ مُكلَّفاً، ونفاذه يَعْتَمِدُ المِلْكَ وهو قائمٌ فيه؛ لأنَّه لَوْ كان زائلاً لَزَالَ[(٤)] إلى ورثَتِهِ كما بعد القضاء بِلُحُوقِهِ، وَلَمْ يزلْ إلى الورثة اتِّفاقاً.

وله: إنَّ الحربيَّ المقهور في أيدينا يَتَوَقَّفُ تَصرُّفُهُ لِتَوَقُّفِ حَالِهِ بين

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٥٦/١٢.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (أ): (القود).
(٤) في (أ): (لزوال).

القتل والاِسْتِرْقَاقْ، والمُرْتَدُّ أيضاً حَرْبِيٌّ مقهور تحت أيدينا، ولهذا يُقْتَلْ، والقتل لا يجب إلا على الحَرْبِي، وكونُهُ حَرْبِيّاً سببٌ لِزَوالِ مِلكِهِ وبطلان تصرفاته، إلا أنَّ الإسلام مَرْجُوٌّ مِنَ المُرْتَد؛ لِبقَاءِ الإجبار دون الحَرْبِيِّ[1]، وفي الخلاف تفصيل بَيَّنَهُ بقوله: (وَمُحَمَّدٌ اعتَبَرَ كَونَهُ وَارِثاً: عندَ اللِّحَاقِ) بدار الحرب؛ لأنَّه هُو السَّببُ، والقضاء؛ لقطعِ الاحتمال، (وأبو يُوسُفَ: عندَ الحُكمِ بِه)؛ أيْ: باللَّحاقِ؛ لأنَّهُ يَصِيرُ في حُكْمِ المَيِّتِ بِالحُكْمِ.

(وَتَصِحُّ تَصَرُّفَاتُهُ، ولا يُوقَفُ غيرُ المُفَاوَضَةِ)، فإنَّها موقُوفَةٌ بالاتِّفاقِ (لكنَّ) تَصرُّفَهُ (كَتَصَرُّفِ الصَّحيحِ عندَ أبي يُوسف) حتى تنفذ تبرعاته من جميع ماله؛ لأنَّ الظَّاهرَ عَودُهُ إلى الإسلامِ بإزالةِ شِبْهتِهِ، فلا يكونُ بمعنى المُشرِفِ على الهلاكْ.

(وَكَتَصَرُّفِ المريضِ عنْدَ مُحَمَّدٍ) حتَّى تَنْفَذَ تَبرُّعاتِهِ مِنْ ثُلُثِ جميعِ مَالِهِ؛ لأنَّ الغالبَ أنَّهُ لا يَتْرُكُ ما انتقل إليه، فكانَ ظاهرُ حالهِ التَّلَف.

(وَيَصِحُّ اتِّفاقاً اسْتِيلادُهُ) فإنْ وَلَدَتْ أمَتُهُ وادَّعى؛ يَثْبُتُ نَسبُهُ وَيَرِثُ مع وَرثَتِهِ، وتكونُ الأمَةُ أم وَلَدِهِ.

(وَ) يَصِحُّ (طلَاقُهُ) فإنَّ النِّكاحَ لمَّا انْفَسَخَ بِالرِّدَّةِ؛ كانتِ المَرأةُ مُعْتَدَّة، فإنْ طلَّقَها يَقَعُ، [وكذا إن ارْتَدَّا مَعاً، فَطلَّقهَا، فأسْلمَا مَعاً؛ فإنَّ النِّكاحَ لَمْ يَنْفَسِخْ، فَيقَعُ الطَّلاقُ][2].

(وِيَبْطُلُ نِكاحُهُ) اتِّفاقاً؛ أي: إنْ نَكَحَ في الرِّدَّةِ لَمْ يَنْعِقْد؛ لأنَّ النِّكاحَ يَعْتَمِدُ مِلَّةً مُتفرِّدة، وليس له ذلك، وليس المراد به: بُطْلانُ نِكَاحِهِ السَّابقِ؛ إذْ قدْ سَبَقَ أنَّ ارْتِدادَ كُلٍّ منهُما فَسْخٌ عَاجِل.

---

(١) في (أ): (الحرب).

(٢) سقط من: (ج).

(و) يَبْطُلُ (ذَبِيحتُهُ)؛ لأنَّها تَعتَمِدُ المِلَّة أيضاً، ولا مِلَّةَ لَهُ.

(وَتَتَوَقَّفُ) اتِّفاقاً (مُفَاوَضَتُهُ) وَتَصَرُّفُهُ على ولده الصَّغيرِ، وَمالُ وَلَدِهِ؛ لأنَّها تَعْتَمِدُ المُسَاواة، ولا مُساوَاةَ بينَ المُسْلم والمُرتَد.

(وَتَرِثُهُ امرأَتُهُ المُسْلِمةُ إنْ مَاتَ، أو قُتِلَ)؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ فاراً، وإن كَانَ صَحيحاً وَقْتَ الرِّدَّةِ؛ لأَنَّهُ بِالرِّدَّةِ كأَنَّهُ مَرَضُ الموتِ باخْتيارِهِ، فَيَثْبُتُ حكم الفِرار، (وَهيَ في العِدَّةِ) على غيرِ رواية أبي يُوسُف، أمَّا عليها فَتَرِثُهُ، وإنْ كانَتْ مُنْقَضِيَةَ العِدَّةِ؛ لكونِها وَارِثة وَقْت الرِّدَّة.

(وإنْ عاد) المُرتدُّ إلى دارِ الإسْلام حالَ كونِهِ (مُسْلِماً بعد الحكْم بِلحَاقِهِ؛ أَخَذَ ما وَجدَهُ باقياً في يَدِ وارِثِهِ)؛ لأنَّ الوارثَ إنَّما يَخْلفهُ[١] فيهِ لاسْتغنَائِهِ؛ لكونِهِ كالمَيِّتِ، فإذا عادَ مُسلماً؛ احتاج إليه، فَيُقَدَّمُ عليه.

قال الزَّيلعي[٢]: «ثم[أ/٢٢٢] إنَّما يَعُودُ إلى مِلْكه بِقضاء، أو بِرضاً منَ الوارث؛ لأنَّهُ دخل في مِلْكِهِ بِحُكم شَرْعِي، فلا يَخْرَجُ عَنْ مِلْكه إلَّا بِطَريقه»[٣].

وإنَّمَا قَيَّدَ بقوله: (بَاقِياً)؛ لأنَّهُ لا يَضْمَنُ ما أَتْلَفَهُ الوارث؛ إذْ لا ضَمانَ بإتلافِ مالٍ مُباحٍ، ولأنَّهُ صار له بقضاءِ القَاضي.

(وَلا يُنْقَضُ عِتْقُ مُدَبَّرِهِ وأمِّ وَلَدِهِ)؛ لأنَّ القضاء قَدْ صَحَّ بدليلٍ مُصَحِّحٍ، فلا يُنْقض.

(وإنْ عادَ قَبْلَهُ)؛ أي: قبلَ أنْ يَقْضي القَاضي بذلك، (فَكأَنَّهُ لَمْ يَرْتَد) حتَّى لا يُعْتَقُ مُدَبَّرُهُ وأمُّ وَلَدِهِ، ويَضْمَنُ الوارثَ ما أتلفه، فإنَّ قَضَاءَ القَاضِي

---

(١) في (أ): (يختلف).
(٢) في (أ) و(ج): (العيني) والصحيح ما أثبتناه.
(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٨٨/٣.

شَرْطٌ لِبُطْلان هذهِ الأحكام؛ لأنَّ كونَ المُرْتَدِّ في حُكْمِ المَيِّتِ باللُّحُوقِ بدارِ الحرْبِ مُجْتَهَدٌ فيه؛ لأنَّ الشافعيَّ مخالف، فلا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ لِيتأكَّد بِه.

(والمرأةُ) إذا ارْتَدَّتْ (لا تُقْتَلْ).

وقال الشافعي: إنَّها تُقْتَل[1]؛ لعمومِ قوله ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ».

ولنا: قوله ﷺ: «لا تُقْتَلُ المُرْتَدَّةُ»[2]؛ ولأنَّ المُبِيحَ للقَتْلِ كُفْرُ المُحَارِبِ.

(بَلْ تُحْبَسُ) دَائماً (حتَّى تَتُوب) لأنَّها امْتَنَعَتْ عَنْ إيفاءِ حَقِّ الله تعالى بَعْد الإقرار، فَتُجْبَرُ على إيفائِهِ بالحَبْسِ كما في حُقُوقِ العِبَادِ، (وَتُضْربُ كلَّ يومٍ)؛ أي: في كُلِّها مُبالَغَةً في الحَمْلِ على الإسلام.

وفي الكافي عَنْ أبِي حنيفة بِرواية: إنَّها تُخرَجُ كلَّ يومٍ، وَتُضربُ تِسْعةً وثلاثينَ سوطاً حتَّى تَموتَ أو تُسْلِم[3].

وفي المُضْمراتِ: [تُضْرَبُ][4] في كلِّ ثلاثةِ أيَّامٍ تسْعةً وَثَلاثِين.

وَاخْتارَ المُصَنِّفُ ما في الهداية[5]: ولا تُجالَسُ، ولا تُؤاكَلُ، وَلا تُبَاع[6].

---

(١) ينظر: الأم، ٦/١٨٠، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: ١٢/٤٤.
(٢) أخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عباس ﷺ قال: «المرتدة عن الإسلام تحبس ولا تقتل»، كتاب: الحدود والديات، برقم: (٣٢١٣)، ٤/١٢٧، وأبو حنيفة في مسنده، مسند الإمام أبي حنيفة رواية أبي نعيم: ١/١٩٠.
(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٠/١٠٨.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢/٤٠٧.
(٦) في (أ): (يباع).

(والأَمَةُ يُجْبِرُهَا مَولَاها) على الإسْلام، (وَيُنَفَّذُ جميعُ تَصَرُّفِها في مَالِها) بِالبيْعِ وَالشِّراءِ والهِبَةِ وغيرها؛ لأنَّ عِصْمَةَ المالِ تَبَعٌ لِعِصْمَةِ النَّفْسِ، فبالرِّدَّةِ لَمْ تَزَلْ عِصْمَةُ نَفْسِها؛ فَلِذَا قال: (وَجَمِيعُ كَسْبِهَا)؛ أيْ: كَسْبُ الإسلامِ وَكَسْبُ الرِّدَّةِ (لِوَارِثِها المُسْلم إذا مَاتَتْ)؛ لأَنَّهُ لا حِرَابَ منها، فَلَمْ يُوجد سَبَب الفيءِ بِخِلافِ المُرْتَدِّ؛ لِكَونِهِ محارباً في الحال أو في المآل باللحاق.

(وَيَرِثُها زَوجُها إنْ ارْتَدَّتْ) حالَ كوْنِها (مَرِيضَة)؛ لِقَصْدِها إبْطالَ حَقِّهِ (لا)؛ أيْ: لا يَرِثُ زَوجُها (إنْ ارْتَدَّتْ صَحِيحَةً)؛ لأنَّها لا تُقْتَل، فلَمْ يَتَعَلق حَقُّهُ بمالِها.

(وَقَاتِلُها يُعَزَّرُ فَقط) إنْ كانَتْ في دار الإسْلامِ؛ أيْ: لا شيءَ عليه مِنْ غيرِ التَّعْزِيرِ للشُّبْهةِ[1]، (وَسائِرُ أحكامِها) الباقية (كَالرَّجُلِ) فيما ذُكِرَ.

(فإنْ وَلَدَتْ أمَتُهُ)؛ يعني: المُرْتَدُّ إذا وطئ جاريته في حالِ الإسلامِ، فجاءَتْ بِوَلِدٍ، (فَادَّعاهُ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ وأُمومِيَّتُها، والوَلَدُ حُرٌّ يَرِثُهُ مُطْلقاً)؛ أيْ: سواءٌ كانَ بينَ الارْتِدَادِ والولادَةِ أقلَّ مِنْ ستَّةِ أشْهُر أو أكثر، (إنْ كانت) الأمَةُ (مُسْلِمةً)؛ لأنَّ الولد يَتْبَعُ خيرَ[2] الأبوينِ دِيناً، فَيتْبَعُ الأُمَّ، فكان مُسْلماً، والمُسْلمُ يرثُ المُرتدَّ إنْ ماتَ أوْ لَحِقَ بدارِ الحرْبِ.

(وكذا إنْ كانَتْ نَصْرانِيَّةً)؛ يعني: إذا وَلَدَتْ، فادَّعاهُ؛ فهو ابْنُهُ حُرّاً إنْ كان بينَ الوِلادةِ والارْتدَادِ أقلَّ مِنْ سِتَّةِ أشْهُر؛ لتَيَقُّنِنا بكونِ[3] العلوق

---

(١) في (أ): (الشبهة).
(٢) في (أ): (خبر).
(٣) في (ج): (كون).

في حالة الإسلام، فيكونُ مُسْلماً يَرِثُ المُرْتدِّ، (إلَّا إنْ ولَدَتْهُ لأكثرِ مِنْ نِصْفِ حَوْلٍ مُنْذُ ارْتَد)؛ لِتَعَيُّنِ كونِ العلوق مِنْ ماءِ المُرتدِّ، فَيَتْبَعُ الأبَ حِينَئذٍ؛ لقُرْبِهِ إلى الإسلامِ للجَبْر عليه، [فالظَّاهِرُ مِنْ حالِهِ أنْ يُسْلِمَ، فيكونَ أقربَ إلى الإسلامَ مِنَ الأُمِّ][١]، فَصارَ في حُكْمِ المُرتدِّ، والمُرْتَدُّ لا يَرِثُ المُرْتَدَّ.

(وإنْ لَحِقَ) [المُرْتَدُّ][٢] بِدارِ الحَرْبِ (بمالِهِ)؛ أيْ: مَعَ مَالِهِ، (فَظَهَرَ)؛ أي: غَلَبَ (عليهِ)؛ أيْ: على المُرْتَدِّ، ويجوز أنْ يَرْجِعَ الضَّمِيرُ إلى المالِ؛ (فَهُو)؛ أيْ: مَالُهُ (فَيءٌ)؛ أيْ: غنيمَةٌ ليس لِوَرثتِهِ سبيل عليه؛ لأنَّ مِلكَهُم غير ثابتٍ فيه حيثُ لحقَها معهُ ابتداء، فَسَقطتْ عِصْمَتُهُ باللحاقِ، وكذا عِصْمةُ [وَرثَةِ][٣] مَالِهِ؛ لأنَّهُ تَبَعٌ للنَّفْسِ.

(وإنْ لَحِقَ)؛ [يعني: بلا مالٍ، فَيَنْدفِعُ كونُهُ فَضْلَةً][٤]، (ثُمَّ رَجع) إلى دارِ الإسلامِ بعدَ لحَاقِهِ بدارِ الحربِ، وحَكَمَ القاضي به، (فَذَهبَ بِهِ)؛ أي: مَعَ مَالِهِ إلى دارِ الحربِ ثانياً، فأدْخَلَهَ في دارِ الحربِ، (فَظَهَرَ عليهِ)؛ أيْ: على المُرْتَدِّ؛ (فَهُو لِوَارِثِهِ)؛ لأنَّهُ صارَ مِلْكاً للورَثةِ بِلحاقِهِ بدارِ الحَرْبِ أوَّلاً، فَيصيرَ المُرْتَدُّ آخذاً مالَ الورثَةِ، فيأخُذُونَهُ بغير شيءٍ (قَبْلَ القِسْمة) بين[٥] الغانمين، وبالقِيمةِ بعْدَهَا.

(وإنْ لَحِقَ) المُرْتَدُّ بدارِ الحَرْبِ، وَتَرَكَ عَبْداً[٦] في دارِ الإسلامِ، (فَقَضى) القَاضي (بِعَبْدِهِ لابْنِهِ، فَكَاتَبَهُ الابْن، فجاءَ المُرْتَدُّ) إلينا

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (يعني).
(٦) في (ج): (عبد).

[حالَ كونِهِ][١] (مُسْلماً فَبَدَّل الكِتابَةَ)؛ [يَعنِي: بَدَّلَهَا][٢] (وَالولَاءُ)؛ أيْ: ولاءُ المُكاتبِ (لَهُ)؛ أيْ: للأبِ، [وَكَذا بَدَّلُها][٣]؛ إذْ لا وَجْهَ لِبُطْلانِ الكتابةِ؛ لنُفُوذِها بدليلٍ مُنفذٍ، فجعلَ الوارثَ الذي هوَ خَلَّفَهُ كالوكيلِ مِنْ جِهَتِهِ، وحقوق العقدِ فيه تَرْجِع إلى المُوكِّل، والولاءُ لِمنْ يَقَعُ العِتْقُ عنْه.

(وَمَنْ قَتَلَهُ مُرْتَدٌّ خَطأً، فَقُتِلَ على رِدَّتِهِ، أوْ لَحِقَ) بدارِ الحَرْبِ؛ (فَدِيَتُهُ في كَسْبِ إسْلامِهِ) خاصَّةً عنْدَ أبِي حَنِيفة؛ لأنَّ العَوَاقِل لا تُعْقلُ عَنِ المُرْتَدِّ؛ إذِ العَاقلةُ باعتبارِ النصرَةِ، والكافرُ لا يَنْصُرُ المُسْلم، فَدِيَتُهُ في مالِهِ المُكْتَسَبُ في الإسلام؛ لنفوذِ تَصرُّفاتِهِ دون المُكْتَسَبِ في الرِّدَّةِ؛ لتَوَقُّفِ تَصَرُّفِهِ، ولهذا كانَ الأوَّلُ مِيرَاثاً عنْهُ، والثَّاني فَيئاً عِنْدَهُ.

(وَقالَا: فِي كَسْبِهِ مُطْلَقاً)؛ أي: سواءً كَسَبَهُ في إسلامهِ أوْ رِدَّتِهِ؛ لِنفُوذِ تصَرُّفَاتهِ فيهِما، ولِهذا يَجْرِي الإرْثُ فيهِما عِنْدَهُمَا، [والتَّقْيِيدُ بالقَتْلِ واللِّحاقِ اتِّفَاقِيٌّ، وإنَّما قيَّد بِهِما تَنْبِيهاً على أنَّ المُرْتَدَّ يُقْتلُ إلَّا أنْ يَلْحَقَ بدارِ الحربِ][٤].

(وَمَنْ)؛ أي: مُسْلم (قُطِعَتْ يَدُهُ عَمْداً، فَارْتَدَّ - والعياذُ بِاللهِ - وَمَاتَ) على رِدَّتِهِ (مِنْهُ)؛ أيْ: القَطْعُ، (أوْ لَحِقَ) بدارِ الحرْبِ، فَقضَى بِهِ، (ثُمَّ جاءَ) إلينا (مُسْلماً وماتَ مِنْهُ، فَنِصْفُ دِيَّتِهِ لِوَرثَتِهِ)؛ أيْ: لورثَةِ المَقْطُوع يده (في مالِ القاطع)؛ لأنَّ القَطْعَ حَلَّ مَحلّاً مَعْصُوماً، والسِّرايَةُ حَلَّت مَحلّاً غيرَ معصُوم، فاعْتُبرَ القَطعُ لا السِّرايةُ، فيَجِبُ نِصْف الدِّيَّة، وإنَّما

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).

يجبُ في مالِهِ؛ لأنَّ العَمْد لا تَتَحمَّلهُ العاقِلَةُ كما مَرَّ، وإنَّما لا يجبُ القِصَاصُ؛ لوُجودِ الشُّبْهةِ، وهُو الارْتِدَادُ.

(وإنْ أسْلَمَ بدونِ لحاقٍ، فمَاتَ)؛ [يعني](١): مِنْ ذلكَ القَطْعُ [مُرْتَدّاً](٢)؛ (فَتَمامُ الدِّيَّةِ)؛ لكونهِ معصوماً وَقتَ القَطْعِ، وكذا وَقتَ السراية.

(وَعِندَ مُحمَّدٍ) وَزُفَر: يَجِبُ(٣) (نِصْفها)؛ أيْ: الدِّيَّةُ؛ لأنَّ الارْتِدادَ إذَا أهْدَرَ(٤) السراية، فلا يَنْقَلِبُ بالإسلامِ إلى الضَّمانِ، وَهُو القِياسُ.

(مُكَاتَبٌ ارْتَدَّ، فَلَحِقَ) بدارِ الحربِ، واكْتَسَب مالاً، (فأُخِذَ بمالهِ)؛ أيْ: مَعَ مالِهِ، وأبَى أنْ يُسْلِمَ، (وَقُتِلَ) على رِدَّتِه، (فَبَدَّلَ الكِتَابَةَ لِمَولاهُ)؛ لأنَّهُ لَمْ يَزَلْ مِلْكه، (والبَاقِي) مَنْ بَدل الكِتَابة (لِوَرَثَتِهِ)؛ أيْ: لورثةِ المُكاتَبِ.

(زوْجانِ ارْتَدَّا) معاً، (فَلَحِقا) بدارِ الحربِ، (فوَلدتِ المرأةُ) في دارِ الحربِ، (ثُمَّ وُلِدَ للوَلدِ، فَظَهَرَ عليهِمْ)؛ أيْ: الزَّوجينِ والوَلُد وَوَلدُ الوَلدِ جميعاً؛ (فالوَالدانِ)؛ أيْ: ولدُهُما وَوَلَدُ وَلَدِهِمَا (فَيْءٌ)؛ أيْ: يكُونانِ رَقِيقَينِ؛ لأنَّ المُرْتَدَّةَ تُسْتَرقُّ، والولد يَتْبَعُ الأُمَّ [٢٢٣/أ]، (وَيُجْبَرُ الولدُ على الإِسْلامِ)؛ لأنَّ الأولادَ يَتَّبِعُونَ الآباء في الدِّين، فَيُجبَرُ على الإسلامِ كما يُجْبَرُ أَبُوهُ عليهِ (لا وَلَدُهُ)؛ أيْ: لا يُجْبَرُ على الإسلامِ ولدُ الوَلَدِ؛ لأنَّهُ كافِرٍ، وليسَ بِمُرْتَدٍّ.

وفي رواية الحسنِ عنْ أبي حنيفةَ: إنَّهُ يُجْبر أيضاً، [وهذا بناءً على

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (تجب).
(٤) في (أ): (أهدى).

أنَّ وَلَدَ الولدِ لا يَتْبَعُ الجَدَّ في الإسلامِ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وَيَتْبَعُهُ في روايةِ الحسن][1].

(وإسْلامُ الصبِيِّ العاقِلِ)؛ أي: الذي يَعْرفُ أنَّ الإسلامَ سَبَبٌ النَّجاةِ (صَحِيحٌ)، فلا يَرِثُ أبويهِ الكافِرَين.

وقالَ الشَّافعيُّ وَزُفر: إسلامُهُ ليسَ بِصحِيحٍ[2].

وَلَنَا: إنَّ علياً ﷺ أسْلَمَ فِي صِبَاهُ، وصَحَّحَ النَّبيُّ ﷺ إسْلامَهُ[3]، وافْتخارُهُ بذلكَ مشهورٌ، حتى كانَ يقول: سَبَقْتُكُم على الإسلام طَرّاً غُلاماً ما بَلَغْتُ أوانَ الحُلم[4][5].

وقيلَ: أولُ مَنْ أسْلَمَ مِنَ الرِّجالِ أبو بكرٍ الصدِّيق ﷺ، ومِنَ النِّساءِ خديجة ﷺ، وَمِنَ الصِّبْيانِ عليٌّ ﷺ[6].

(وَكَذا)؛ [أيْ][7]: صحيح (ارْتِدادُهُ)؛ أيْ: الصبِيُّ العاقل، فَيَبْطُل

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: ١٣/١٧١، والمجموع شرح المهذب: ١٩/٢٢٣.

(٣) أخرجه البخاري في التاريخ الكبير عن عروة، برقم: (٢٣٤٣)، ٦/٢٥٩، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: اللقطة، باب: من قال: يحكم بصحة إسلامه، برقم: (١٢١٦٠)، ٦/٣٣٩.

(٤) في (ج): (حلم).

(٥) أخرجه البيهقي عن علي ﷺ بلفظ: «سبقتهم إلى الإسلام قدما غلاماً ما بلغت أوان حُلُمي»، كتاب: اللقطة، باب: من قال: يحكم بصحة إسلامه، برقم: (١٢١٥٩)، ٦/٣٣٩، وهو حديث ضعيف.
ينظر: تلخيص الحبير، ٣/١٧٧.

(٦) ينظر: المواهب اللدنية بالمنح المحمدية: ١/١٣٢، وسبل الهدى والرشاد في سيرة خير العباد، وذكر فضائله وأعلام نبوته وأفعاله وأحواله في المبدأ والمعاد: ١١/٣٠١.

(٧) سقط من: (ج).

نِكاحُهُ، وَيُحرمُ عَنِ الميراثِ (خلافاً لأبِي يوسف) وَزفر والشَّافعي[(١)]، فإنَّ ارْتدادَهُ عِنْدَهُم لَيْس بارْتِداد.

(وَيُجْبرُ) [الصبيُّ][(٢)] (على الإسْلامِ)؛ لمَا فيهِ مِنَ النَّفْعِ لَهُ، (ولا يُقْتلُ إنْ أَبَى) عَنِ الإسْلام بعْدَ العرضِ عليهِ؛ لأنَّ القَتْلَ عُقُوبة، والعُقُوباتُ مَوضُوعةٌ عَنِ الصِّبْيانِ مَرْحمَةٌ علَيْهِم، [وَهَذا فِي الصَّبيِّ الذِي يَعْقِل، وَمَنْ لا يَعْقِلُ مِنَ الصِّبْيانِ لا يَصحُّ ارْتدادُهُ؛ لأنَّ إقْرارَهُ لا يدلُّ على تَغْييرِ العقِيدةِ][(٣)]، وكذَا المَجْنُونُ والسَّكْرانُ الذي لا يَعْقِلُ.

[ولَمَّا فَرَغَ مِنْ بيانِ الجِهَادِ مَعَ الكُفَّار؛ شَرَعَ فِي بيانِ الجِهادِ مَعَ البُغَاةِ، فقَالَ][(٤)]:

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: الحاوي الكبير: ١٧١/١٣، والمجموع شرح المهذب: ٢٢٣/١٩.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) سقط من: (ج).

بَابُ البُغاة

[تعريف البغاة لغة]

هِي جمْعُ البَاغِي، مِنَ البَغْيِ، وَهُوَ الظُّلْمُ، كالغُزاةِ: جَمْعُ الغَازِي، [والأصْلُ فِيه فتْحُ الفاءِ، لكنْ ضُمَّ حدّاً عَنْ كونِ الجَمْعِ على هَيْئَةِ المُفْرَدِ كعِتَادْ، وَهُو قِياسٌ مُطَّرِدٌ فِي كلِّ اسمِ فَاعِلٍ مِنْ مُعتلِّ اللَّامِ][(١)(٢)].

❁ ❁ ❁

[تعريف البغاة اصطلاحاً]

(إذَا خَرَجَ قَومٌ مُسْلِمُونَ عَنْ طَاعةِ الإمَامِ) الحَقِّ ظانِّينَ أنَّهُ على البَاطِلِ وهُمْ على الحَقِّ، مُتَمَسِّكِينَ في ذلكَ بتأويل فاسِدٍ، فإنْ لَمْ يَكُنْ لهُم تأويلٌ؛ فَحُكْمُهُم حُكْمُ اللُّصُوصِ، (وَتَغَلَّبُوا على بَلَدٍ دَعَاهُمْ) الإمامُ (إلى العَوْدِ) إلى الطَّاعةِ، (وَكَشَفَ شُبهَتَهُمْ) الفاسِدة التِي اسْتَنَدُوا إليها فيْ خُرُوجِهِم عنْ طَاعَتِهِ[(٣)]؛ لأنَّ عَلِيّاً فَعَلَ ذلكَ بأهْلِ حَرُورَا قَرْيَة مِنْ قُرى الكُوفَة[(٤)]؛

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: ٦٧/١.

(٣) في (ج): (طاعة الإمام).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن عبد الله بن شداد، كتاب: قتال أهل البغي، =

ولأنَّهُ أَهْونُ الأَمْرينِ، ولعَلَّ الشَّرَّ يَنْدَفِعُ بِهِ، فإنْ أَجَابُوا؛ تَمَّ المُرَادُ.

وإنْ قَالُوا: فَعَلْنَا لِظُلْمِكَ؛ فالإمامُ يَمْتَنِعُ عنِ الظُّلْم.

ولوْ قَالُوا: فَعَلْنا؛ لأنَّ الحقَّ مَعَنَا، وادَّعُوا الوِلايَةَ؛ فلَهُ أنْ يُقاتِلَهُم، وعلى النَّاسِ أنْ يُعِينُوهُ.

(**وَبَدأهُمْ بالقِتَالِ**)؛ أيْ: يَحِلُّ للإمامِ أنْ يُقَاتِلَهُمْ، وإنْ لَمْ يبْدَؤوا بِقِتالِهِ (**لوْ تَحَيَّزُوا**)؛ أيْ: اتَّخذُوا حَيِّزاً؛ أيْ: مَكَاناً، وَتَهَيَّؤُوا للقِتالِ (**مُجْتمِعِين**) فيهِ، كذا في الكافي[1] تَبَعاً لصاحبِ الذَّخيرةِ[2] والإمام خواهر زاده[3].

(**وقِيل:**) قَائِلهُ صاحبُ القُدوري[4] (**لا**)؛ أيْ: لا يَبْدَأُهم الإمامُ بالقتالِ (**مَا لَمْ يبْدَؤوا**) بهِ، فإنْ بَدَؤوا؛ قَاتَلهم حتَّى تفرَق جمْعَهُم، وهو قولُ الشافعي[5]، فإنَّ قَتْلَ المسْلمِ لا يجوزُ إلا دَفْعاً، وهُمْ مسْلِمون.

ولَنَا: إنَّ الحُكْم يُدارُ[6] على دلِيلهِ، وَهُو تَعسْكُرُهُمْ واجْتِماعُهُم وامْتِنَاعُهُم، فإنْ صَبَرَ الإمامُ إلى بَدْئهِمْ ربَّمَا لا يُمْكِنُ دَفْعُ شَرِّهِم.

= باب: لا يبدأ الخوارج بالقتال حتى يسألوا ما نقموا، ثم يأمروا بالعود، ثم يؤذنوا بالحرب، برقم: (١٦٧٤١)، ٨/٣١١، والحاكم في المستدرك، كتاب: قتال أهل البغي، وهو آخر الجهاد، برقم: (٢٦٥٧)، ٢/١٦٥، ثم قال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرِّجاه».

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٠/١٢٦.

(٢) ينظر: مجمع الأنهر: ٢/٥١٥.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢٩٤.

(٤) ينظر: مختصر القدوري: ١/٥٨٨.

(٥) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ٥/٤٠٤، ومنهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: ١/٢٩١.

(٦) في (أ): (بدار).

(فإنْ كانَ لهُمُ)؛ أيْ: البُغاةُ (فِئَةٌ)؛ أيْ: جماعةٌ يَرْجِعُونَ إليها؛ (أَجْهَزَ) الإمامُ؛ أيْ: أسْرَعَ (على جَرِيحِهِمْ) يُقال: أجْهزْتَ الجرِيحَ: إذا أسْرعْتَ قَتْلَهُ، وفيهِ أيضاً خلافُ الشَّافِعي[1][2]، (وَأُتْبِعَ مُوَلِّيهِم)؛ أي: مُعْرِضهِمْ؛ دفعاً لشَرِّهِم؛ لأنَّ جَرِيحَهُم يُحتَمَل أنْ يَبْرَأ فيَعُود إلى القِتالِ، وكذا مَنْ وَلَّى مِنْهُم وَفرَّ، [وَفِيه أيْضاً خلاف الشافعي][3][4].

(وإلَّا)؛ أيْ: وَإنْ[5] لَمْ يَكُن لهُم فِئَةٌ؛ (فَلا)؛ أيْ: لا يُجْهَزُ[6] جريحُهُم ولا يُتْبعُ مُولِّيهِم؛ لأنَّ جَوازَ قَتْلِهِم كانَ لدفعِ شرِّهِمْ، وقَدْ انْدَفع بدُونِهِ، فلا يُقْتلُ؛ لكونِهِ مسلماً.

(ولا تُسْبَى ذُرِّيَّتُهُم)؛ [أيْ: ذُرِّيَّةُ البُغاةِ][7]، [ولا يُرَدُّ إليهِمْ][8].

(وَلَا يَقْسِم مَالَهُم)؛ لأنَّ الإسْلام يَعْصِمُ النَّفس والمَالَ (بَلْ يَحْبِسُ) مَالَهُم؛ لدَفْعِ شَرِّهِم بكسرِ شَوكتِهِم، فلا يُقْسَم ولا يُرَدُّ إليهِمْ (حتَّى يَتُوبُوا)؛ لقولِ عليٍّ رضي الله عنه يومَ الجملِ: «لا يُقْتلُ أسِيرٌ، ولا يُكْشفُ سِترٌ؛ أيْ: لا يُسْبى نِسَاؤهم[9] وَذَرَارِيهِمْ، ولا يُأخَذُ مَالُهُم»[10]، وهُو

---

(١) في (أ): (للشافعي).
(٢) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٢٠٣/١٩.
(٣) ينظر: المصدر السابق.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ): (إن).
(٦) في (أ): (يجزي).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (أ).
(٩) في (أ): (تسلمونهم).
(١٠) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: «أمر علي رضي الله عنه مناديه فنادى يوم البصرة: لا يتبع مدبر، ولا يذفف على جريح، ولا يقتل أسير، ومن أغلق بابه فهو آمن، ولم يأخذ من متاعهم شيئاً»، كتاب: قتال أهل البغي،=

القُدْوةُ[(١)] في هذا البابِ، فإنْ تَابُوا؛ (فَيُرَدَّ) مَالهُم (عَلَيْهِم) بالإِجْمَاعِ.

(وَجَازَ اسْتِعمَالُ سِلاحِهِم وَخيْلِهِمْ عِنْدَ الحَاجَةِ) خلافاً للشَّافِعِي[(٢)]؛ لأنَّهُ مَالُ مُسْلِمٍ، فلا يَجُوزُ [الانْتِفاعُ][(٣)] إلَّا بِرِضَاهُ.

وَلَنَا: إنَّ عَلِيّاً ﷺ قَسَّمَ سِلاحَهُم بالبصرةِ بينَ أصْحَابِهِ، وكانَتْ قِسْمَتُهُ للحاجةِ لا للتَّمْليكِ[(٤)]؛ ولأنَّ للإمامِ أنْ يفعلَ ذلكَ في مالِ العادل عنْدَ الحاجةِ، فَفِي مالِ البَاغِي أوْلَى، وَالمَعْنى فيهِ إلْحاقُ الضَّرَرِ الأدْنى[(٥)]؛ لِدَفعِ الأعْلى.

وَيُباعُ خَيْلُهم، وَيُحبسُ ثَمَنُهُ؛ لأنَّ بَيعَهُ أنْظَرُ، وَحَبْسُ الثَّمنِ أيْسَر.

(وإنْ قَتَلَ باغٍ مِثْلَهُ) في عَسْكَرِهِم مطْلقاً سواءً كانَ عمداً أو خطأً، (فَظَهرَ عليهِمْ)؛ أيْ: [على][(٦)] البُغاةِ (لا يَجِبُ) [عليهِ][(٧)] (شَيءٌ)؛ أيْ: لا قِصَاصَ وَلا دِيَّة.

= باب: أهل البغي إذا فاؤوا لم يتبع مدبرهم، ولم يقتل أسيرهم، ولم يجهز على جريحهم، ويستمتع بشيء من أموالهم، برقم: (١٦٧٤٧)، ٣١٤/٨، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: السير، باب: في الإجهاز على الجرحى واتّباع المدبر، برقم: (٣٣٢٧٧)، ٤٩٨/٦.

(١) في (أ): (العذوة).

(٢) عند الشافعية: لا يستعمل سلاحهم إلا لضرورة.
ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: ٢٩٢/١، والغرر البهية في شرح البهجة الوردية: ٧٤/٥.

(٣) سقط من: (أ).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن الحنفية: أن علياً قسم يوم الجمل في العسكر ما أجابوا عليه من سلاح أو كراع، كتاب: الجمل، باب: في مسير عائشة وعلي وطلحة والزبير، برقم: (٣٧٨٢٠)، ٥٤٤/٧.

(٥) في (أ): (الأولى).

(٦) سقط من: (أ).

(٧) سقط من: (ج).

أمَّا القِصَاصُ؛ فلأنَّهُ لا يُمْكِنُ اسْتِيفاءَهُ إلَّا بِمَنْعةٍ، ولا ولايةَ للإمامِ عليهِمْ زمانَ القَتْل.

وأمَّا الدِّيَةُ؛ فلأنَّ القِصَاص لمَّا لمْ يَجِبْ؛ لمْ ينْقلِب مُوجِباً بعدهُ مالاً، كالقتلِ في دارِ الحربِ.

(وإنْ غَلَبُوا)؛ أي: البُغَاةُ (على مِصْرٍ) منْ أمصارِ أهْل العَدْلِ، (فَقَتَلَ بَعْضُ أهْلهِ)؛ أيْ: أهلُ مِصْر (آخرَ مِنْهُ)؛ أيْ: رَجُلاً آخرَ مِنْ أهلِ المِصْر (عَمْداً قُتِلَ) القاتلُ (بِهِ)؛ أيْ: بسببِ قتْلهِ مثله (إذا ظَهَرَ) أهلُ العدْلِ (على المِصْرِ)؛ لأنَّهُ قَتَلَ عمْداً، فيجرِي فيهِ القِصَاص، هذا إذا لمْ يَجْرِ[١] البغاةُ على أهلِ المِصْرِ أحكامَ أهْل البَغْي؛ إذْ[٢] حِينئذٍ لمْ تَكُنْ ولايةُ الإمامِ مُنْقَطِعةٌ عنِ المِصْرِ، فيجْرِي أحكامه بِخلافِ ما إذا أجْرَوْا فيه أحْكَامَهُم، حيثُ لا يَجِبُ شيء.

(وإنْ قَتَلَ عادِلُ مُوَرِّثَهُ الباغِي يَرِثُهُ، ولَوْ بالعكْسِ) بأنْ قتَلَ الباغِي مُورِّثَهُ العَادِل (لا يَرِثُهُ الباغِي إلَّا إنْ ادَّعى) ذلكَ البَاغي (أنَّه كانَ على الحَقِّ) بأنْ يقولَ: كُنْتُ على الحقِّ حينَ قَتَلت، وأنَا الآنَ عليه.

أمَّا الأول؛ فلأنَّ العادلَ إذا أتْلفَ البَاغي أو مَالَه لا يأثَمُ بهِ، ولا يضمن؛ لأنَّ المُحارَبَة تُبْطِلُ العِصْمة، وقَدْ أُمِرْنا بِمُقَاتَلَتِهِم؛ لقوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبْغِي﴾ [الحجرات: ٩]، فَصَار قتلهم بحقٍّ كقتلِ أهل الحرب، فلا يُوجِبُ حِرْمانَ الإرثِ كما لوْ قَتلَ مورثه بِقَوَدٍ لهُ عليه، فإنَّ حِرمانَ الإرثِ جزاءُ قَتْلهِ[٣] مَحظُور، فلا يُناط بقتلٍ مُباح.

---

(١) في (أ): (يخبر).

(٢) في (أ): (أو).

(٣) في (أ): (قتل).

وأمَّا الثاني؛ فلأنَّ الباغي إذا قَتَل العادل؛ يأثمُ، ولا يَضْمنُ عِنْدنا، والتأويلُ الفاسد يَنْزلُ منزلةَ الصحيحِ في حقِّ دفعِ الضَّمان إذا ضُمَّت إليه المَنَعَةُ[1] لتأويلِ[2] أهلِ الحربِ، وإذا لَمْ يَجبْ به الضَّمانُ لَمْ يجِب بهِ الحِرْمان، والإرْثُ يُسْتَحقُّ بالقَرابَةِ، إنَّما قيَّد بقولهِ: (إلا إن ادَّعى)؛ لأنَّه إذا أقَرَّ بالبُطْلانِ؛ يجبُ الضَّمانُ، فيلزَمُ الحرمانُ هذا عنْدَهما.

(وعنْد أبِي يوسف: لا يَرِثُهُ) الباغي (مُطْلقاً)؛ أي: [أ/٢٢٤] سواءً ادَّعى حَقِيَقتَهُ أوْ أقَرَّ أنَّه على الباطلِ، وهو قولُ الشَّافِعي[3]؛ لأنَّه قتَلَ العادل بغيرِ حقٍّ، فيتعلقُ به حرمانُ الإرثِ، وتأويلُه الفاسدُ إنَّما يُعْتبر في حقِّ دفع[4] الضَّمان، والحاجةُ هنا إلى اسْتحقاقِ الإرثِ لا إلى الدفعِ.

(وَكُرِهَ بيعُ السِّلاحِ مِمَّن عُلمَ أنَّهُ مِنْ أهلِ الفِتْنة)؛ لأنَّه إعانةٌ على المعصيةِ، (وإنْ لَمْ يُعلَمْ) أنَّهُ مِنْ أهلِ الفتْنةِ؛ (فَلا)؛ أيْ: فلَا[5] يُكْرَهُ؛ لأنَّ الغَلَبَة في الأمْصارِ لأهْلِ الصَّلاح.

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (ج): (المنفعة).

(٢) في (ج): (كتأويل).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير: ٨/٨٥.

(٤) في (ج): (رفع).

(٥) في (ج): (لا).

كتابُ اللَّقِيطِ

[تعريف اللقيط لغة واصطلاحاً]

«وهُو بِمعنَى المَلْقُوط؛ أيْ: المأخوذُ مِنَ الأرضِ»(١).

وفي الشَّرْع: اسمُ لِحَيٍّ مِنْ(٢) صغارِ بني آدم لا يُعْلَمُ نَسَبُه، طَرَحَهُ أهْلُه خوفاً مِنَ الفَقْر، أو فِرَاراً مِنْ تُهْمةِ الزِّنا، مُضيِّعُهُ(٣) آثِمٌ، وَمُحْرِزُهُ غانِمٌ، لِمَا في إحْرازِهِ إحياءُ النَّفس، فإنَّهُ على شَرَفِ الهَلاكِ، وإحياءُ الحيِّ هوَ بِدَفْعِ سَبَبِ الهلاكِ عنْهُ قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًاۚ﴾ [المائدة: ٣٢] سُمِّيَ بِهِ باعْتِبارِ مَالهِ؛ لأنَّه(٤) يُلْتَقطُ مِنْ قُبيْلِ: مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلْبُهُ.

❊ ❊ ❊

[بيان حكم التقاط اللقيط]

(الْتِقَاطُهُ منْدُوب)؛ يعْنِي: إنْ لَمْ يَخَفْ هَلَاكَهُ بأنْ وُجِدَ في مِصْر أوْ

---

(١) التعريفات: ١/١٩٣.

(٢) في (ج): (صبي) ونظنها زائدة.

(٣) في (أ): (مضيعة).

(٤) في (ج): (لما أنه).

قرْيةٍ، لِمَا فيهِ مِنْ إحْيائِهِ، وَهُوَ أفْضَلُ الأعمالِ (وإنْ خِيْفَ)؛ أيْ: غَلَبَ على ظَنِّهِ ـ (هَلَاكُهُ) بأنْ وُجِدَ في مَفازَةٍ أو مَسْبعةٍ [أو نحوِهِما منَ المهالك][(١)]، (فَواجِبٌ) دفعاً لِهلاكِهِ، (وَكذا اللُّقَطَةُ)، وَظاهِرُ التَّشْبِيهِ يَدُلُّ على وُجُوب التقاطها عنْدَ خوْفِ الضَّياعِ، وَنَدبُه عِندَ عدَمِه، وفيهِ إشارةٌ إلى كَوْنِ اتِّحادِهِما في الاشْتِقاقِ والمعنى، فإنَّهُما مُشْتَقّان منَ اللَّقطِ، وهو الرَّفْعُ:

وَخُصَّ الأوَّلُ بِبني آدَمَ.

والثَّاني بِغيرِهِمْ.

وَقُدِّم الأولُ على الثانِي؛ لشرفِ بني آدم.

(وَهُوَ)؛ أيْ: اللَّقيطُ (حُرٌّ)؛ لأنَّه الأصلُ في بني آدم؛ إذْ هُم أولادُ حوَّاء وآدم عليهما السَّلامُ، فالأصْلُ بقاءُ ما كانَ على ما كانَ ما لَمْ يُوجدُ ما يُغَيِّرُهُ[(٢)]، وكذا الدَّارُ دارُ الأحرَارِ؛ ولأنَّ الحُكْمَ للغالب، وَهُو حُرٌّ في جميعِ أحْكَامِهِ حتى إنَّ قاذِفَهُ يُحَدُّ، لا قاذِفَ أمِّهِ؛ لوُجُودِ ولدٍ منها لا يُعْرفُ له أبٌ (إلَّا إنْ ثَبَتَ رِقُّهُ بِحُجَّةٍ)؛ لأنَّهُ حكم بحرِّيتِهِ بالدَّارِ، فلا يَتَغَيَّرُ ذلك إلَّا بِحُجَّةٍ، وَثُبُوت حُرِّيتهِ باعتِبارِ الظَّاهِرِ، والظَّاهِرُ لا يُعارضُ البيِّنةَ والخَصْمُ في إثْباتِ رِقِّ المُلْتقطِ، لثبوتِ يده إلَّا إذا بَلَغَ، فادَّعى حِينئذٍ إليهِ في الرِّقِّ والنَّسَبِ.

(وَنَفَقَتُهُ)؛ أي: اللَّقِيطُ (في بيتِ المالِ)؛ لِما رُوي أنَّ عليّاً رضي الله عنه فَرَضَ نَفَقتَهُ مِنْ بيتِ المال[(٣)]، و[(٤)] لأنَّهُ مُسْلمٌ عاجزٌ عَنِ الكَسْب ولا مالَ لهُ ولا قَرابَة، فأشْبهَ المُقعدَ الذي لا مالَ له.

---

(١) سقط من: (ج).

(٢) في (ج): (بغيره).

(٣) أخرجه عبد الرزاق عن تميم «أنه وجد لقيطاً، فأتى به علياً، فألحقه على مئة»، كتاب: الولاء، باب: ولاء اللقيط، برقم: (١٦١٨٦)، ١٥/٩، وابن أبي شيبة في كتاب: البيوع والأقضية، باب: من قال اللقيط حر، برقم: (٢١٩٠٠)، ٤٣٨/٤.

(٤) في (أ): (أو).

(وَكذَا جِنَايَتُهُ)؛ أي: أرْشُ جِنايَتِهِ يُؤْخذُ مِنْ بيتِ المال (وَإِرْثُهُ لَهُ)؛ أيْ: لبيتِ المالِ؛ إذْ النَّفَقةُ عليهِ، والغُرْمُ بِالغُنْم.

(وإنْ أنْفَقَ عليهِ المُلْتَقِطُ) منْ مالِ نَفْسهِ؛ (فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) في الإنْفاق لعدمِ الوِلايةِ، فليسَ لَهُ الرُّجوعُ إلى اللَّقِيط (إلَّا أنْ يَأْذَنَ الحَاكِمُ) عليهِ لِيكُونَ دَيْناً عليهِ لعمومِ الوِلايةِ (بِشَرْطِ الرُّجُوع) على اللَّقِيطِ، فَيرْجِعُ عليهِ بعدَ البُلُوغِ بِما أنْفقَ، [لكونِ ما أنْفَقَهُ دَيْناً عليهِ.

قيَّد الإذنَ (بشرطِ الرُّجوعِ) احْتِرازاً عمَّا قال الطحَاوي: إذا أمرَ القاضِي بإنْفاقِهِ يَرْجِعُ عليهِ بعدَ البُلُوغ، وإنْ لَمْ يَشْتَرِط الرُّجُوع؛ لأنَّ للقاضِي وِلايةٌ عامَّةٌ، فأمْرُهُ بالإنْفاقِ كأمْرِهِ بِنَفْسِهِ، والأصَحُّ مَا ذُكِرَ في المَتْنِ؛ لأنَّ مُطلقُ الأمرِ قدْ يكونُ للتَّرْغيبِ في إتْمامِ تَبرُّعِهِ، وهذا الاحْتِمالُ إنَّما يَزُولُ بشرطِ الرُّجُوعِ][(١)].

(أوْ يُصَدِّقُهُ اللَّقِيطُ إذَا بَلَغ)؛ [يعنِي: إذا لَمْ يأمُرِ القاضي بإنْفَاقِهِ، فَصَدَّقَهُ اللَّقِيطُ بعدَ البُلُوغِ في أنَّهُ أنْفَقَهُ للرُّجُوعِ فلهُ الرُّجُوعُ؛ لأنَّه أقرَّ بِحَقِّهِ][(٢)].

(وَلا يُؤْخَذُ) اللَّقِيطُ (مِنْ مُلْتَقَطِهِ)؛ لأنَّهُ ثبَتِ حَقُّ الحِفْظِ لَهُ؛ لسبْقِ يَدِهِ[(٣)] عليه.

(وإنْ ادَّعاهُ وَاحِدٌ وَثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ) اسْتِحْسَاناً، والقياسُ: أنْ لا يَقْبلَ دعْوَتَهُ؛ لأنَّهُ يَتَضَمَّنُ إبْطالُ حقُّ المُلْتَقِطِ.

وجْهُ الاسْتِحْسَان: أنَّهُ إقْرارٌ للصبِيِّ بما يَنْفَعُهُ؛ لأنَّه يشرف بالنَّسَبِ وَيُعيَّرُ بِعَدَمِهِ.

---

(١) من قوله: (لكون) إلى قوله: (الرجوع) سقط من: (ج).

(٢) سقط من: (ج).

(٣) في (ج): (يد).

[قِيلَ: يَصِحُّ في حقِّهِ دُونَ إبطالِ يَدِ المُلتقط][١]، هذا إذَا لَمْ يَدَّعِ المُلْتقط معه، وإنِ ادَّعاهُ؛ فَدَعْوى[٢] المُلْتقِطُ أوْلَى مِنْ غيرِهِ؛ لرُجْحانِهِ باليَدِ، والتَّنَاقُضُ لا يَمْنَعُ ثُبُوتَ النَّسَبِ (وَلوْ) ـ وَصْلِيَّةٌ ـ كانَ [المُدَّعي][٣] (عَبْداً)؛ أيْ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ ولوِ ادَّعاهُ[٤] عبد؛ لأنَّ ثُبوتَ النَّسبِ نَافِعٌ لَهُ.

(وَهُوَ)؛ أي: اللَّقِيطُ (حُرٌّ)؛ لأنَّ المَمْلُوكَ قَدْ يَلِدُ حُرّاً، فلَا تَبْطُلُ[٥] الحُرِّيةُ الثَّابِتَةُ[٦] تَبَعاً للدَّار بالشَّكِّ.

(أَوْ ذِمِيّاً)؛ أيْ: لوْ كانَ مَنِ ادَّعاهُ ذِمِّيّاً يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْه.

(وَهُو مُسْلِمٌ) وهذا اسْتِحْسَانٌ؛ لأنَّ دَعْوَاه يتَضَمَّنُ النَّسَبَ، وَهُو نافِعٌ للصَّغيرِ، وإبْطالُ الإسْلامِ الثَّابتِ بالدَّارِ، وهُو يَضُرُّهُ، فَصحَّتْ دَعْوَتهُ فيما ينْفَعُه دونَ ما يَضُرُّه (إنْ لَمْ يكُنْ) اللقِيطُ (في مَقرِّهِم)؛ أي: في مقامِ أهلِ الذِّمَّة بلْ في مِصْرٍ[٧] مِنْ أمْصارِ المُسلمين، أوْ قريةٍ مِنْ قُراهُم، أوْ موْضِعٍ فيهِ كُفَّارٌ وَمُسْلِمون.

(وذِمِّيٌّ إنْ كانَ فيهِ)؛ أي: في مَقَرِّ الذِّمِّيِّينَ بأنْ وُجِدَ في قريةٍ منْ أهلِ الذِّمَّة، أوْ بَيْعةٍ، أوْ كنيسةٍ، وهذا الجوابُ فيما إذا كانَ الواجدُ ذِمِّيّاً روايةً واحدة، وإنْ كان الواجدُ مُسْلماً في هذا المَكَان، أو ذِمِّيّاً في مكانِ المُسْلمين اختَلَفَتِ الروايةُ فيه:

منْهُم منِ اعتبرَ المكانَ؛ لسَبْقِهِ.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (فدعوة).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (نسبه) ونظنها زائدة.
(٥) في (ج): (يبطل).
(٦) في (أ): (الثانية).
(٧) في (ج): (مصره).

ومنْهُم منِ اعْتبَرَ الواجدَ؛ لقُوَّةِ اليَدْ.

ومنْهُم منِ اعْتبرَ الإسلامَ؛ [يعني: أيَّهُما كانَ مُوجِباً لإسلامِهِ يُعتَبرُ ذلك][1] نَظَراً للصَّغيرِ، وفي شَرْحِ الكنْزِ: إنَّ هذا أوْفَقُ[2].

(وإنِ ادَّعاهُ)؛ أيْ: نَسَبُ اللَّقِيطِ (اثْنانِ معاً، ثَبَتَ) نَسَبُهُ (مِنْهُما) كَمَا فِي الجاريةِ المُشْتَرَكة، وَلا مُرجِّحَ؛ لاستوائِهِما في السَّببِ، وهُو الدَّعوةُ.

(وإنْ وَصَفَ أحَدُهُما علامةً فِيه)؛ يعْني: في جسَدِهِ (أوْ سَبَقَ؛ فَهُو أوْلى).

أمَّا الأول؛ فلأنَّ الظاهرَ يشْهدُ لهُ؛ إذِ العلامَةُ وافَقَتْ كلَامَهُ.

وأمَّا الثَّاني؛ فلأنَّ حقَّهُ ثَبَتَ في زمانٍ لا مُنازِعَ لهُ فيه، إلَّا إذا أقامَ الآخرُ البيِّنَةَ؛ لأنَّ البيِّنَة أقْوى.

(والحُرُّ والمُسْلِمُ) عنْد دَعْوتِهِ اللَّقيط (أوْلى مِنَ العَبْدِ وَالذِّمِّيِّ) لَفٌّ وَنَشْرٌ مُرتَّبٌ؛ أي: الحُرُّ أوْلَى مِنَ العَبْدِ، والمُسْلمُ أولى مِنَ الذِّميِّ ترجيحاً لِما هُو الأنْظرُ في حَقِّهِ.

(وإنْ شُدَّ عليهِ)؛ أيْ: على اللَّقيطِ (مَالٌ، أوْ) كانَ (على دابَّةٍ هوَ) رَاكبٌ (عليْها؛ فَهُو)؛ أيْ: المالُ (لَهُ)؛ لأنَّهُ في يَدِهِ، وَهُو لِحُرِّيتِهِ أهْلٌ للتَّمْليكِ (يُنْفِقُ)؛ أيْ: المُلْتَقِطُ (مِنْهُ)؛ أيْ: مِنَ ذلكَ المالَ (عَلَيْهِ)؛ أيْ: [على][3] اللَّقِيطِ (بأمرِ قاضٍ)؛ لأنَّهُ مالٌ ضَائِعٌ، وللقاضِي ولَايةُ صَرْفِ مثله إليه، (وَقِيلَ: بِدُونِه أيْضاً)؛ لأنَّهُ للَّقيطِ[4] ظاهِراً، وَلَهُ وِلايةُ الإنْفاقِ عليهِ، والصَّحِيحُ هُوَ الأوَّلُ.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ١٥٨/٥.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (اللقيط).

(وَلَهُ شِرَاءُ ما لَا بُدَّ لهُ مِنهُ مِنْ طعام وَكِسْوَةٍ)؛ [لأنَّهُ مِنَ الإنْفاقِ][(١)] (وَقَبْضُ هِبَتِهِ)؛ أيْ: ما وُهِبَ للَّقِيطِ؛ لأنَّهُ نَفْعٌ مَحْضٌ [لهُ][(٢)]، (وَتَسْلِيمُهُ فِي حِرْفَةٍ) وَصِنَاعَةٍ؛ لأنَّهُ أنفعُ له (لَا تَزْوِيجُهُ)؛ أي: ليسَ للمُلتَقِطِ تزْوِيجُ [الصَّبِيِّ][(٣)] اللَّقِيط؛ لانْتِفاءِ سَبَب هذهِ [أ/٢٢٥] الوِلَايةِ مِنَ القَرَابةِ والمِلْكِ والحُكُومة، (و) لا (تَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ) [كالأمِّ، فإنَّ ولايةَ التَّصرُّفِ تَشْهِير المالِ بالبيعِ والشِّراءِ، وَذَا إنَّما يَتَحَقَّقُ بالرَّأيِ الكامِلِ والشَّفَقَةِ الوَافِرةِ معاً، والموجُودُ في كلٍ منْهُما أحدُهُما][(٤)] (لغيرِ مَا ذُكِر) مِنَ الطَّعامِ، والكِسْوةِ، وَقَبْضُ هِبَتِهِ (ولَا إجَارَتُهُ في الأصَحِّ)، وهِي روايةُ الجامِعِ الصَّغير [في كتابِ الكراهية][(٥)(٦)].

(وَقِيلَ:) قَائِلُهُ صاحِبُ القدوري[(٧)] (لَهُ إجارَتُهُ)؛ لأنَّهُ يَرْجِعُ إلى تأدِيبِه؛ لأنَّ فيها صَوْناً عَنِ الفَسَادِ بكونِهِ مَشْغُولاً بِعمَلٍ.

[وجْهُ الأصَح: أنَّهُ ليسَ له إتْلافُ منَافِعِه أصْلاً، لا بالعِوَضِ ولا بِغيْرِهِ، فأشْبَهَ العَمَّ بخلافِ الأُمِّ، فإنَّ لها إتْلَافهَا بلا عِوَضٍ بالاسْتِخدام، فبالعوضِ مِنَ الأُجْرةِ أوْلى، وَيُمكنَ التَّوفِيقُ بينَ القولينِ بأنْ يُحمَلُ الأوَّلُ على إيجارِهِ ليعْملَ لغيرِهِ، والثَّاني على إيجارهِ ليتَعلَّم العِلَل، وكانَ المصرح لتأكيدِ ردِّه أعادَ كلمةَ النَّفْيِ مَعَ تَرْكِها سَابِقاً][(٨)].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) ينظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: ٤٨٣/١.
(٧) ينظر: مختصر القدوري: ٣٠٨/١.
(٨) من قوله: (وجه الأصح) إلى قوله: (سابقاً) سقط من: (ج).

كِتَابُ اللُّقَطَةِ

«وَهِي مالٌ يُوجَدُ على الأرضِ، ولا يُعْرفُ لهُ مالِكٌ بِعينِهِ، وهيَ بِضمِّ اللَّامِ وَفَتْحِ القَافِ، على وَزْنِ الضحكة مبالغة في الفاعل، وهيَ لكونِهَا مالاً مَرْغُوباً فيهِ جُعِلتْ آخذاً مَجَازاً؛ لكوْنِهَا سَبَباً لأخْذِ مَنْ رَآهَا»[1].

(هِيَ أَمَانَةٌ) بالاتِّفَاقِ؛ أي: غيرِ مضْمُونةٍ على المُلْتقِطِ إلا بالتَّعدِّي، أوِ المَنْع بعدَ الطَّلبِ (إنْ أشْهَدَ) عنْدَ القُدْرةِ شاهِدَينِ (أنَّهُ أخذَها لِيَرُدَّها على صَاحِبِها)؛ لأنَّ الأخْذَ على هذا الوَجهِ مَأذُونٌ فيهِ شَرْعاً.

(وإلَّا)؛ أيْ: وإنْ لَمْ يَشْهَدِ المُلْتقِط على أخذِهِ للردِّ (ضَمِنَ)؛ لأنَّهُ مُتعَدٌّ في هذا الأخْذِ كالغَاصِبِ.

وأبُو يُوسف لمْ يشْترِطِ الإشْهَاد.

وَلَو لَمْ يَقْدِر على الإشْهاد، أوْ أشْهد وَلَمْ يَقْدِر على إقامَتِهِ، أوْ خَافَ مِنْ أنَّه لو أشهد عليهِ؛ يأخُذُه الظالمُ مِنْه، فَتَرك الإشْهاد، ولَا يَضْمَنُ عِنْدَهُم.

(والقَولُ للمَالِكِ إنْ أنْكَرَ أخْذَهُ للردِّ)؛ [أيْ][2]: إنْ لَمْ يَشْهدِ الشُّهُودُ

---

(١) التعريفات: ١٩٣/١.

(٢) سقط من: (ج).

عليهِ، وقالَ الآخذُ: أخَذْتُه للمالِكِ وَكذَّبَهُ المالِكُ يَضْمَن عِنْد أبي حَنِيفَة ومُحَمَّد.

(وَعِنْدَ أبِي يُوسف): القَوْلُ (لِلمُلْتَقِطِ)؛ لأنَّ الظاهرَ مِنْ حالِهِ شاهدُ لهُ؛ لاختِيارِهِ الحُسْبة[١] دُونَ المَعْصِيةِ[٢].

وَلَهُما: إنَّهُ أقَرَّ بسببٍ مُوجِبٍ للضَّمانِ، وَهُو أخْذُ مالِ الغيْرِ بغيرِ إذْنِه، ثُمَّ ادَّعى مَا يُبْرِئُهُ عنْهُ، وهُو الأخذ لمالِكِها، فلَا يَبْطُلُ بالشَّكِّ، [ومَا ذُكِرَ منِ الظَّاهِرِ يُعارِضُ مِثْله؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنْ يكونَ المُتَصَرِّفُ عاملاً لنَفْسِهِ][٣].

(ويَكْفِي في الإشْهادِ قولُهُ: مَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَنْشُدُ)؛ أيْ: يطْلُبُ (لُقَطَةً؛ فَدُلُّوهُ عَليَّ) واحدة كانَتِ اللُّقَطَةُ أو أكثَر؛ لأنَّها اسْمُ جنْسٍ.

(وَيُعرِّفهَا في مكانِ أخْذِها، وفِي المَجَامِعِ)؛ أيْ: مَواضِعُ اجْتِماعِ النَّاسِ في ذلكَ المَكَان مِنَ الأسْواقِ والشَّوارِعِ وَنَحْوِهما، [بأنْ يُنادِي: إنِّي وَجَدتُ لُقَطَةً لا أدْري مَالِكَهَا، فَلْيأتِ مَالِكهَا ولْيَصِفْهَا لأرُدَّها عَليْه][٤] (مُدَّةً يَغْلِبُ على ظَنِّهِ عَدَمُ طَلَبِ صاحِبِها بَعْدَهَا هُوَ الصَّحِيحُ)؛ [أيْ: هُوَ المُخْتارُ][٥] مِنَ الأقوالِ الوَارِدَةِ فِي مُدَّةِ التَّعْرِيفِ.

(وَقِيلَ: إنْ كانَتْ عَشَرَةُ دَراهِمَ أوْ أكْثَر)؛ أيْ: فَصَاعِداً؛ (فَحَوْلاً)؛ لقولِهِ ﷺ: «مَنِ الْتَقَط شَيْئاً؛ فَلْيُعرِّفْهُ سَنَةً»[٦].

---

(١) في (أ): (الحسية).

(٢) في (ج): (المعصبة).

(٣) سقط من: (ج).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) أخرجه مسلم عن زيد بن خالد الجهني بلفظ: «...ثم عَرِّفها سَنَة...»، كتاب:=

(وَإِنْ كانَتْ أَقَلَّ) مِنْ عَشْرة دَرَاهم (فَأَيَّاماً)؛ يعْنِي: بلا تَقْديرٍ، بَلْ بِحَسَبِ ما يَرَى المُلْتَقِطُ [رِوايةً عنْ أبِي حنيفة][1].

(وَما لَا يَبْقَى) مِنَ اللُّقَطَةِ كالأَطْعِمَةِ المُعَدَّةِ للأَكْلِ وَبَعْضَ الثِّمَار (يُعَرَّفُ إلى أنْ يَخَافَ فَسَادَهُ).

وعِنْد الشَّافعي: يَبِيعُها ويَتَرَبَّصُ بِثَمَنِها حَوْلاً[2].

(ثُمَّ يَتَصدَّقُ بِها إنْ شَاءَ)؛ يَعْنِي: بَعْدَ تَعْرِيفِ المُدَّةِ المَذْكُورة، المُلْتَقِطُ مُخَيَّرٌ[3] بينَ أنْ يَحْفظَها حُسْبَةً للهِ تعالى، وَبَيْنَ أنْ يَتَصدَّقَ بِها؛ لأَنَّهُ لَمَّا عَجَزَ عَنْ إيصالِ عيْنِ اللّقَطَةِ إلى صَاحِبِها؛ جَازَ لَهُ أنْ يُوصِل عِوَضَهَا، وَهُو الثَّوابُ على اعْتِبارِ إجازته التَّصَدُّقَ بها.

(فإنْ جَاءَ رَبُّهَا)؛ أيْ: صاحِبُ اللُّقَطَةِ (بَعْدَهُ)؛ أي: بَعْد مَا تَصدَّقَ بِها المُلْتَقِطُ؛ فَهُو بالخَيَارِ (أَجَازَهُ)؛ أي: التَّصَدُّقَ (إنْ شاءَ وَأَجْرُهُ لَهُ)؛ أيْ: ثَوابُ التَّصَدُّقِ لِرَبِّها، الجُمْلةُ الاسْمِيَّةُ للحالِ.

(أوْ) [إنْ][4] شاءَ (ضَمَّنَ المُلْتَقِطُ)؛ لأَنَّهُ تَصرَّفَ في مَالِهِ بغيرِ إذْنِهِ، سواءٌ كانَ التَّصَدُّقُ بأمرِ القاضي أو بِغيرِ أمْرِهِ في الصَّحيحِ.

(أوْ) إنْ شاءَ ضَمِنَ (الفَقيرَ) لتَسَلُّمِهِ[5] بِلا إذْنِهِ (لَو) كانَتِ اللُّقَطَةُ

= اللقطة، برقم: (١٧٢٢)، ١٣٤٩/٣، وأبو داود في كتاب: اللقطة، باب: التعريف باللقطة، برقم: (١٧٠٦)، ١٣٥/٢.

(١) سقط من: (ج).

(٢) هذا هو القول الأول في هذه المسألة عند الشافعية، والقول الثاني هو: يأكلها ويعرفها، فإن جاء صاحبها غرمها له.
ينظر: اللباب في الفقه الشافعي: ٢٨١/١.

(٣) في (أ): (خير).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) في (أ): (تسلمه).

(هَالِكَةً) [في يدِ الفَقِيرِ][(١)] وأمَّا إذَا كانتْ قائِمَة أخَذَهَا مِنْه؛ لأنَّهُ وَجَدَ عين مالِهِ.

(وأيُّهما ضَمِنَ لا يَرْجِعُ على الآخَرِ)؛ يعْنِي: إنْ ضَمِنَ المُلْتَقِطُ لا يَرْجِعُ على الفَقِيرِ، وإنْ ضمِنَ الفَقِيرُ لا يَرْجِعُ على المُلْتقِطِ؛ لأنَّ كُلّاً مِنْهُما ضَامِنٌ بِفِعْلِهِ.

وَ(يَأخُذُها مِنْهُ إنْ) كانَتْ (بَاقِيَةً) تَصْرِيحٌ بِمَا عُلِمَ [ضِمْناً][(٢)].

(وَلُقَطَةُ الحِلِّ وَالحَرَمِ سَوَاءٌ) فِي مُدَّةِ التَّعْرِيف.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ تَعْرِيفُ لُقَطة الحَرَمِ إلى أنْ يَجِيءَ صَاحِبها[(٣)].

[وإنَّمَا أفْرَدَهُ بِالذِّكْرِ؛ لِدفْعِ تَوَهُمِ مَنْ يَتوَّهَمُ أنَّ لُقَطَةُ الحَرَمِ لا يَمْلكُ أصْلاً كَمَا لا تُقْطَعُ شجَرَتُهُ، وإنَّ لقطة الحرم غير محتاجة إلى تعريفها؛ لأنَّهَا تَكُونُ للغُرَبَاءِ غَالِباً، ويكونُ مَالِكهَا ذَاهِباً، فَبَيَّنَ أنَّ الحَرَم كالحِلِّ فِي حُكْمِ اللُّقَطةِ][(٤)].

(وَيَجُوزُ الْتِقَاطُ البَهِيمَةِ) نَحو: شاةٍ، والحِمارُ، والبَقر، والإبِلُ، والفَرَسُ؛ لأنَّهَا مَالٌ يُتوَهَّمُ ضَيَاعُهُ، فَيأخُذهُ ليرُدَّهُ على صاحِبِهِ.

[وَعِنْد مالك[(٥)] والشَّافِعي[(٦)]: إذَا وَجدَ بَعِيراً، أوْ بَقرةً أوْ فَرساً في الصَّحْراءِ فالتَّرْكُ أفْضَل؛ إذْ لَهَا مِنَ القُوَّة مَا يَدْفُعُ السِّباعَ معَ احْتِمالِ عَدَمِ الرِّضَا منَ المَالِكِ فَنَدَبَ التَّرْك.

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: ١٧٥/١.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: التاج والإكليل لمختصر الخليل: ٣٦/٨.
(٦) ينظر: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: ٣٩٦/٣.

وَلَنَا: إِنَّهُ رُبَّما تَصِلُ إلَيْها يَدٌ خَائِنَةٌ، فأخَذَهَا صِيانَةٌ للمَالِكِ، فندب.

قَالَ قَاضِيخَان: «الصَّحيحُ قول عُلمَائِنَا خُصُوصاً فِي زَمَانِنا»[(١)][(٢)].

(وَهُو مُتَبَرِّعٌ فِي إنْفَاقِهِ عليْهَا)؛ [أيْ: على البَهِيمةِ][(٣)] (بِلَا إِذْنِ حَاكِمٍ)؛ لقُصُورِ وِلايَتِهِ عنْ ذِمَّةِ مَالِكِها، فَصَارَ كمَا لوْ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلا أَمْرِهِ.

(وإنْ) كانَ الإِنْفَاقُ (بإذْنِهِ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ فَدَيْنٌ على رَبِّهَا)، فَلَهُ الرُّجُوع إليه؛ [لأنَّ للقَاضِي وِلايةٌ في مالِ الغَائِبِ نَظَراً لَهُ، والأمْرُ بالإنْفَاقِ مِنَ النَّظَرِ، فإِنَّهُ لا بَقَاءَ للحَيْوانِ بِلا نَفَقَةَ عَادَةً][(٤)]، وَقَدْ شَرَطَ في الأصلِ لإِذْنِ[(٥)] الحَاكِمِ أنْ يُقِيمَ المُلْتَقِطُ بيِّنَةً[(٦)] على أنَّه الْتَقَطَها.

فِي الكَافي والهِداية[(٧)]: إنَّ هَذا صَحِيحٌ لاحْتِمالِ أنْ يكونَ غَصْباً في يَدِهِ، فَيَحْتَالُ لإيْجابِ النَّفَقةِ على صَاحِبِها.

(لَهُ)؛ أيْ: لِلمُنْفِقِ (أنْ يَحْبِسَهَا عَنْهُ)؛ أيْ: أنْ يَمْنَعَ البَهِيمةَ عَنْ رَبِّهَا (حَتَّى يَأْخُذَهُ)؛ أيْ: يَأْخُذُ مَا أنْفَقَهُ؛ لأنَّ بَقَائَهَا إلى الآن كانَ بِنَفَقَتِهِ، فَصَارَ كأنَّهُ اسْتَفَادَ المِلْك مِنْ جِهَتِهِ، فأشْبَهَ المَبِيعْ.

(فإن امْتنَعَ) رَبُّها عَنْ أدَاءِ ما أنْفقَ عليْهَا (بِيعَتْ) البَهِيمةُ (فِي النَّفقةِ

(١) فتاوى قاضيخان: ٢٨٥/٣.
(٢) من قوله: (وعند مالك) إلى قوله: (زماننا) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ) و(ب): (إذن).
(٦) في (ج): (ببينة).
(٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٤١٨/٢، وكذلك تبيين الحقائق: ٣٠٥/٣، ودرر الحكام: ١٣١/٢، ومجمع الأنهر: ٥٢٩/٢..

فإنْ هَلكَتْ بَعْد الحَبْسِ سَقَطَ) الدَّينُ؛ لأنَّها بِالحَبْسِ صَارَتْ كالرَّهْنِ، وَهُو مَضْمُونٌ بالدَّينِ، هذا على وِفْقِ ما في الهِدَايَةِ(١).

[وذكر في الينابيع(٢): أنَّه حينَئِذٍ لا يَسْقطُ عنْدَ عُلمائِنا الثَّلاثةُ خِلافاً لِزُفَر(٣).

وَفِي التَّقْريبِ(٤) لأبي الحسين القدوري، قالَ أصْحابُنَا: «لَوْ أنْفَقَ على اللُّقَطَةِ بأمْرِ القَاضِي وَحَبَسَها بِالنَّفَقةِ، فَهَلكَ؛ لمْ تَسْقطِ النَّفقَةُ خِلَافاً لِزُفر؛ لأنَّها دَيْنٌ غير بدل[أ/٢٢٦] عنْ عين، ولا عنْ عَمَلٍ منهُ فيها، ولَا تَنَاوَلَها عَقْدٌ يُوجِبُ الضَّمان»(٥)](٦).

(وَإِنْ قَبْلَهُ لَا)؛ أيْ: إنْ هَلَكَتْ قبْل الحَبْسِ لا تَسْقِطِ النَّفَقَةُ.

(وَيَؤَجِّرُ القَاضِي مَا لَهُ مَنْفَعَةٌ) مِنَ البَهِيمَةِ الصَّالِحَةِ للإجارةِ كالفرسِ، والبَغْلِ، والحِمَارِ، والثَّورِ (وَيُنْفِقُ) عليْها (مِنْها)؛ أيْ: مِنْ أُجْرَتِها؛ إحياءً للدَّابَّةِ، ونَظَراً للمَالِكِ.

(وَمَا لَا مَنْفَعةَ لَهُ) مِنَ البَهَائِم كالشَّاةِ وَنَحْوِها (يأذَنُ) القَاضِي (بالإنْفَاقِ) عليْها ليرْجِع إلى ربِّها (إنْ) كانَ الإنْفاقُ (أصْلَح)؛ أيْ: أنْفَع

(١) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٤١٩/٢.
(٢) الينابيع في معرفة الأصول والتفاريع، للشيخ بدر الدين محمد بن عبد الله الشبلي الدمشقي الطرابلسي، وهو أحد شروح مختصر القدوري.
ينظر: كشف الظنون، ١٦٣١/٢.
(٣) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ١٣١/٢.
(٤) التقريب، للإمام أبي الحسن أحمد بن محمد القدوري الحنفي، في أول تصنيفه كان خالياً من الأدلة، ثم أعاد تصنيفه فذكر المسائل بأدلتها، توفي ٤٢٨هـ.
ينظر: كشف الظنون: ٤٦٦/١.
(٥) درر الحكام شرح غرر الأحكام: ١٣١/٢.
(٦) سقط من: (ج).

للمالِكِ مِنَ البَيعِ (إذَا أقَامَ) المُلْتقِطُ (البَيِّنَةَ أنَّها لُقَطَةٌ)؛ لأنَّه يُحتَمَلُ أنْ يكونَ غَصْباً وَقَدْ مَرَّ آنِفاً.

(وإنْ قالَ:) المُلْتَقِطُ (لَا بَيِّنَةَ لِي يقُولُ لهُ:) القاضِي عِنْد ثِقَاةٍ: (أنْفِقْ عليْها إنْ كُنْتَ صَادِقاً)؛ لِمَا ذَكَرْنَا.

(وإلَّا)؛ أيْ: وإنْ لَمْ يكُنْ الإنْفاقُ أصْلح، فخَافَ أنْ يَسْتَغْرِقَ النَّفقَةَ قِيمَتَها (بَاعهُ) القَاضِي (وأمَرَ بحِفْظِ ثَمَنِهِ) عنْدهُ؛ لأنَّ إبْقاءَ الثَّمنِ كإبقاءِ العينِ، والآبق في هذا كاللُّقَطةِ إلَّا أنَّه لا يُؤْجَرُ؛ لأنَّه يخَافُ أنْ يأبَقَ.

(ولِلمُلتَقِطِ أنْ ينْتَفِعُ باللُّقَطةِ بعْد التَّعْرِيفِ لَوْ فقِيراً)؛ لأنَّهُ مَحل الصَّدقةِ والصَّرْفِ إلى فقيرٍ آخرَ للثَّوابِ وهُو مِثْله فيهِ، (وإنْ) كانَ (غَنِيّاً؛ تَصَدَّقَ بِها) لقولِهِ ﷺ: «وإنْ لَمْ يأتِ صَاحِبُها؛ فَلْيتصدَّقْ بِها»[1]، والصَّدقَةُ لا تكونُ على الغَنِيِّ كالوَاجِباتِ.

[وَعنْد الشافِعي: يَجُوزُ أنْ ينْتفِع بِها وإنْ كانَ غنِيّاً][2][3].

(وَلَوْ) تَصدَّقَ (على أبَوَيْهِ)؛ أيْ: أبَوَيِ المُلْتَقِطِ (أوْ وَلَدِهِ، أوْ زَوْجَتِهِ) يجُوزُ (لَو) كانُوا (فُقَرَاء) لا حاجَة إليهِ لانْفِهَامِهِ منْ قولِهِ: (تصَدَّق)، فإنَّهُ لا يكونُ إلَّا عَلى الفُقَراءِ.

(وإنْ كانَت) اللُّقَطَةُ (حَقِيرةً كالنَّوَى، وَقُشُورِ الرُّمَّانِ، وَالسُّنْبُلِ بعْدَ الحَصَادِ، يَنْتَفِعُ بِها بدُونِ تَعْرِيفٍ)؛ لأنَّ إلْقائَهَا يكونُ إبَاحةً للآخذِ دلالةٌ، وفِي السُّنْبل بدلالةِ الحالِ، وعليهِ جميعُ النَّاسِ في جميعِ البلادِ (وللمَالِكِ أخْذُهَا)؛ لأنَّ بِالإبَاحَةِ لا تَزولُ مِلْكِيَّةُ المُبِيح، فلَهُ أخْذُهُ.

---

(١) أخرجه الدارقطني في كتاب: الرضاع، برقم: (٤٣٨٩)، ٣٢٢/٥، والطبراني في الصغير، من اسمه أحمد، برقم: (٧٢)، ٦٢/١.

(٢) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: ٤١٢/٥.

(٣) سقط من: (ج).

(وَلَا يَجِبُ دَفْعُ اللُّقَطَةِ إلى مُدَّعِيهَا إلَّا بِبَيِّنَةٍ)؛ لقولِهِ ﷺ: «البَيِّنَةُ للمُدَّعِي»(١) وَهَذا حديثٌ مَشْهُورٌ.

(وَيحِلُّ إنْ بَيَّنَ علَامَتَهَا) بأنْ يُسمِّي وَزْنَ دِرهم وعَدَدها وَوِعاؤها؛ لقولهِ ﷺ: «وإنْ جاءَ صاحِبهَا، وَعَرَفَ عِفَاصَهَا، وَعدَدَها؛ فَادْفَعْهَا»(٢)، وهذا الأمْرُ للإباحَةِ جَمْعاً بينَ الحَدِيثينِ؛ لأنَّ وُجوبَ الدَّفْعِ إنَّما هُو بالبَيِّنَةِ لِمَا ذَكرْنَا مِنْ قبْلِ [هذَا](٣) [مِنَ](٤) الحَدِيث.

[وقالَ الشافعي(٥) وَمالِك(٦): إذَا بَيَّنَ العَلَامَةَ يجِبُ الدَّفْعُ](٧).

(مِنْ غيرِ جَبْرٍ)؛ أيْ: لا إجْبارَ على الدَّفْعِ عِنْدَنا بذِكْرِ العَلَامةِ.

وقال الشَّافعيُّ: يُجْبَرُ عليهِ عملاً بالحديثِ الثَّاني(٨).

وَلَنَا: إنَّهُ يدَّعِي مَالاً فِي يَدِ غيْرِهِ، فَيَحْتاجُ إلى البَيِّنَةِ.

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) أخرجه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» كتاب الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، برقم: (١٧١١)، ١٣٣٦/٣، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الدعوى والبينات، باب: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، برقم: (٢١١٩٧)، ٤٢٦/١٠.

(٢) أخرجه مسلم عن زيد بن خالد بلفظ: «...فعرف عفاصها، وعددها، ووكاءها، فأعطه إياه، وإلا فهي لك» كتاب: اللقطة، برقم: (١٧٢٢)، ١٣٤٦/٣، والنسائي في كتاب: اللقطة، باب: الأمر بتعريف اللقطة وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك، برقم: (٥٧٨١)، ٣٤٦/٥.

(٣) سقط من: (أ).

(٤) سقط من: (ج).

(٥) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٥٣٦/٧.

(٦) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: ٧٠/٦.

(٧) سقط من: (ج).

(٨) ينظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب: ٤٩٤/٢.

كتابُ الآبِقِ

وَهُو فاعِلٌ منَ الإباقِ ـ بالكَسْرِ ـ، وهُو الهَرَبُ، مِنْ بَابَي نَصَرَ وَضَرَبَ، يُطْلقُ على «مَمْلُوكٍ فَرَّ مِنْ مَالِكِه قَصْداً»[1].

(نُدِبَ أخْذُهُ لِمنْ قَوِيَ عَليْه)؛ أيْ: قَدَرَ على أخْذهِ لِمَا فيهِ مِنْ إحياءِ حَقِّ المَالِكِ والكفِّ عنِ المَعْصيةِ، ثُمَّ هُو بالخيارِ إنْ شاءَ حَفِظَهُ بنَفْسِهِ إنْ كانَ يَقْدر، وإنْ شاءَ دَفعَهُ إلى الإمَامِ.

(وَكذَا الضَّالُّ، وَقِيلَ: تَرْكُهُ أفْضَل)؛ لأنَّهُ لا يزالُ يَطْلُبُ مالك، فَيَصِلُ إليْه.

وَقِيلَ: أخذه لصونه عَنْ يدٍ خَائِنَةٍ.

(وَيُرْفعَانِ إلى الحَاكِمِ) إنْ شَاءَ كمَا مَرَّ (فَيَحْبِسُ الآبِقَ) وَحَبْسُهُ تعْزيراً لَهُ؛ ولأنَّهُ لا يُؤمِنُ مِن الإباقِ ثانياً، ولهَذا لا يؤجره إنْ كانَ لهُ مَنْفعة، وَيُنْفَقُ عليهِ مِنْ بيتِ المال، وَيجْعَلَها دَيْناً على مالِكِهِ، فيأخُذَه [مِنْهُ][2] إذا جاء، أوْ مِنْ ثَمَنِه إذا بَاعَ، وإذَا طالَتِ المُدَّةُ ولمْ يَجِئْ صَاحِبه؛ باعَهُ القَاضي وحَفَظَ ثَمَنَه، ثُمَّ إذا حبَسَهُ الإمامُ، فجاءَ رَجُلٌ، وأقامَ بيِّنةً أنَّه عَبْدُه

(١) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: ٦٨/١.

(٢) سقط من: (ج).

يَقْبَلُ القَاضي البَيِّنَةَ، وهَلْ يَنْصُبُ لَهُ القَاضِي خَصْماً؟ لَمْ يذْكُرْه مُحَمَّدٌ.

وقالَ الإمَام الحلواني[١]: فيهِ اخْتِلافُ المشايخ.

قالَ بعْضُهم: يقبَل على مَنْ نَصبَهُ القاضي؛ لحِفْظِ الآبِقِ.

وقالَ بعْضُهُم: يقْبلُ هذهِ البَيِّنة منْ غيرِ خَصْمٍ، وَيحلفُ المُدَّعي باللهِ ما أخرَجَهُ عنْ مِلْكِهِ بوجهٍ منَ الوُجوه، فَيدْفَعه إليْه.

[قيل: يَدْفعه بالكفيلِ لزيادةِ الاحتياطِ.

وقيل: لا؛ لكونِ الدَّفْعِ بعدَ الإثْباتِ][٢].

وإنْ لَمْ يَقُمِ [المُدَّعِي][٣] البينَةَ لكنَّ العَبْدَ أقَرَّ أنَّهُ عبْدُهُ لَوْ وَصَفَ المُدَّعِي علَامَتَهُ وَحُليَتَهُ دفَعَه القاضِي إليهِ بالكَفيلِ (**دُونَ الضالِّ**)؛ لأنَّهُ لا يَسْتَحِقُّ التَّعْزيْرَ ولا يَأبَقُ، وإنْ كانَ لهُ مَنْفعَةُ آجِرِهِ[٤] وَأنْفَقَ عليهِ مِنْ أُجْرَتِهِ إلى مَجيء مَولَاهُ، وَالضَّالُّ: هُو الذِي ضَلَّ الطَّرِيقَ إلى مَنْزِلِ مَالِكِه مِنْ غيْرِ قَصْدٍ.

(**وَلِمَنْ رَدَّهُ**)؛ أيْ: لرادٍّ[٥] الآبِقِ إلى مَولَاهُ كبيراً كانَ [الآبق][٦] أوْ صغيراً يَعْقِلُ، وَقِناً كانَ أو مُدبَّراً، أو أمَّ ولد، لا مُكَاتباً (**مِنْ مُدَّةِ سَفَرٍ**) أوْ أكثر (**أرْبُعُونَ دِرْهماً**) يَسْتحقها على مولاه، ولوْ بِلا شَرْطٍ اسْتِحْساناً، وفِي القياسِ: لا جُعِل لهُ إلا بِشَرْطٍ، وهُو قوْلُ الشَّافعي[٧].

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص١٣٠.
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (آجر).
(٥) في (ج): (رد).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: ٣٢٩/١.

(وإنْ كانَتْ قِيمَتُهُ أقلَّ مِنْ أرْبعِينَ؛ فقِيمَتُهُ)؛ أيْ: يجِبُ على المَالِك قيْمَتُه للرَّادِّ (إلَّا دِرْهماً عنْدَ مُحمَّدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ)؛ لأنَّ وُجُوبَه ثَبَتَ إحياء لحقِّ النَّاسِ، وَنَظَراً لَهُم[١]، وَلَيْسَ مِنَ النَّظرِ إيجابُ أربَعِين لِرَدِّ مَنْ لا يُسَاوِي ذلك.

(وَعِنْدَ أبِي يُوسف) يجِب (أرْبَعُون) دِرْهماً بِتَمَامِها؛ لأنَّ هذَا تَقْديرٌ عنِ الشَّارِعِ، فلا يُحطُّ مِنْهُ بِنُقصَانِ القِيمَةِ، ولا يَجُوزُ الصُّلْحُ على[٢] الزِّيادةِ عنهُ بخلافِ الصُّلْحِ على الأقل؛ لأنَّهُ حُطَّ مِنْهُ.

(وإنْ رَدَّهُ مِنْ دُونِهَا)؛ أيْ: مِنْ دُونِ مُدَّةِ السَّفَرِ (فَبِحِسَابِهِ)؛ أيْ: فالوَاجِبُ بِحسَابِهِ [لا العِوض][٣]؛ [لأنَّ العِوَض][٤] يوزع على المعوض ضرورة المقابلة، [وَحِسابُهُ قدْ يكونُ بِتَصَالُحِهَا، وقَدْ يكونُ برأيِ الحَاكِم، وقدْ يكونُ بتوزيعِ الأربعين على الأيَّام الثَّلاثةِ، فإنْ جاءَ مِنْ مسيرةِ يوْمٍ؛ فَلَهُ ثُلثَ أربَعِين، وإنْ جاءَهُ بمسيرةِ يَومَين؛ فلهُ ثلثَا أرْبَعِينَ على هذا][٥].

(وإن أبَقَ مِنْهُ)؛ أي: مِنَ الآخِذ (لا يَضْمَنُ إنْ أشْهَدَ أنَّهُ أَخَذَهُ لِيَرُدَّهُ) إلى مولاه؛ لأنَّهُ أمانةٌ عنْدَه، ولمْ يَتعَدَّ، (وَإلَّا)؛ أيْ: وإنْ لمْ يَشْهدْ وَقْتَ الأخْذِ وأخَذَ لِيَرُدَّهُ؛ (فلا شَيءَ لَهُ) مِنَ الجعل فِي الوجْهَينِ:

أمَّا الأوَّل؛ فَلِأنَّهُ لَمْ يَرُدَّهُ إلى مَولَاه.

وأمَّا الثَّاني؛ فِلأنَّهُ بِتَرْكِهِ الإشْهاد صَارَ غَاصِباً.

(وَيَضْمَنُ إنْ أبَقَ مِنْهُ) هذَا عِنْدَهُمَا.

---

(١) في (أ): (إليهم).
(٢) في (أ): (عن).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) سقط من: (ج).

وَأَمَّا عنْد أَبِي يوسف: فَلَا يَضْمنُ، وِيَسْتَحقُّ الجعل إِذَا رَدَّهُ[١]؛ لأنَّ الإِشْهادَ عنْدهُ ليسَ بِشَرْطٍ فيهِ وفِي اللُّقَطَةِ.

(وَجُعْلُ) ـ بضمِّ الجِيم ـ: وَهُو مَا يَجِبُ للعامِلِ على عَمَلِهِ (الرَّهْنِ)؛ أيْ: إذا أَبِقَ العبْدُ المَرْهُونُ فَردَّهُ، فالجُعلُ (على المُرْتَهِنِ)؛ لأنَّ وُجوبَ الجُعْلِ للرادِّ بإصابَةِ ماليَّة العبْدِ ومَاليَّته حقُّ المُرْتهِنِ[٢]؛ إذْ مُوجِبُ الرَّهنِ ثبوتُ يَدِ الاسْتِيفاءِ للمُرْتهنِ مِنَ الماليَّة، فكانَ الرادُّ عامِلاً لَهُ، فَيَجِبُ الجُعْلُ عليهِ، [وإنْ رُدَّ بعد مَوْتِ الرَّاهِنِ؛ فإنَّ الرَّهْنَ لا يَبْطُلُ بالموْتِ، وهَذا إذَا كانَتْ قِيمَتُهُ مثلَ الدَّيْنِ أو أقلَّ مِنْهُ، وفي الأكثرِ قَدرُ الدَّيْنِ عليهِ والَباقِي على الرَّاهِنِ][٣].

(وَجُعْلُ) العَبْد [أ/٢٢٧] (الجَانِي) إنْ أبِقَ (على المَولَى، إنْ) اختارَ المولى (فِدَاهُ، وعلَى وَلِيِّ الجِنايةِ إنْ دَفَعَهُ)؛ أيْ: إن اخْتارَ دَفْعهُ إلى أولياءِ الجِنَايةِ؛ فالجُعْلُ عليهِم؛ لأنَّهُ أحْيَى حَقَّهُم.

(وَجُعْلُ) العَبْد (الَمدْيُونِ) إذا أبق (مِنْ ثَمَنِهِ، وَيُقدَّمُ) الجُعْل (على الدَّينِ إنْ بِيعَ فيهِ)؛ أي: الدَّين (وعلى المَولَى إنْ أدَّاهُ عَنْهُ)؛ أي: الدَّيْن عَنْ مولاه (وَجُعْلُ) العَبْدِ (المَوْهُوبِ) إذا أَبِقَ (على المَوهُوبِ لَهُ، وإنْ) للوَصْلِ (رَجَعَ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ بعْدَ الرَّدِّ)؛ لأنَّ المِلْكَ للمَوهُوبِ لَهُ عِنْدَ الرَّدِّ، فَزَوَالُهُ بالرُّجُوعِ بعْدَ ذلكَ كَزَوَالِهِ بِموتِ العَبْد.

(وأمْرُ نَفَقَتِهِ) في التَّبرُّعِ وإذْنُ القاضِي وَحَبْسِهِ بعد الرَّدِّ (كاللُّقَطَةِ) كذا فِي الاختيار[٤].

---

(١) في (ج): (رآده).
(٢) في (ج): (بإصابة مالية حق المرتهن ومالية العبد).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) الاختيار لتعليل المختار: ٣/٣٦.

(وَالمُدَبَّرُ، وَأُمُّ الوَلَدِ كَالقِنِّ) لا المكاتب.

(وإنْ كانَ الرَّادُّ أبُ المَولى أو ابْنُهُ)؛ أيْ: ابنُ المولى، (وَ) الحالُ (هُوَ)؛ أيْ: الابْنُ (فِي عِيَالِهِ)؛ أيْ: الأبُ، قَيَّدَ بِهِ؛ لأَنَّهُ لوْ لم يكُنْ في عِيَالِهِ؛ فَلَهُ الجُعْلُ.

(أوْ) كانَ الرَّادُّ (وَصِيَّهُ)؛ أيْ: وَصِيُّ المَولى.

(أوْ) كانَ (أحَدُ الزَّوْجينِ؛ فلَا شَيء لَهُ).

أمَّا الأوَّلُ؛ فلأنَّ خِدمةَ الأبِ واجِبةٌ على الابْنِ.

وأمَّا الثَّاني؛ فلأنَّ العَادَةَ جَرَتْ بالرَّدِّ إلى مَنْ فِي عيَالِهِ تَبَرُّعاً.

وأمَّا الثَالثُ؛ فلأنَّ كُلّاً منْهُما يَحْفظُ مالَ صاحِبه عَادَةً.

وأمَّا الرَّابعُ؛ فلأنَّ تَدْبيرَ مالِ الصَّغِير واجِبٌ عليهِ، فلِا يَسْتَحِقُّ الأجْرَ بِهِ.

(وَالمالِكُ الصَّبِيُّ كَالبَالِغِ)؛ لأنَّ الجُعْلَ مَؤونَةُ المِلْكِ.

وإذَا أبِقَ العبْدُ وَذَهَبَ بمالِ المَولى[١]، فَجَاءَ بِهِ رَجلٌ، وقالَ: لمْ أجِد معهُ شيْئاً، فالقولُ قولُهُ وَلا شيءَ عليهِ، ولا يكونُ وُصُولُ يَدِهِ إلى العَبْدِ دَلِيلاً على وُصُولِ يَدهِ إلى المَالِ.

❖ ❖ ❖ ❖

(١) في (أ): (بما لا لمولى).

كِتَاب المَفْقُودِ

[تعريف المفقود لغةً واصطلاحاً]

(هُوَ) فِي اللُّغَةِ: بِمَعْنى الغَائِبِ يُقَالُ: فَقَدْتَ الشَّيءَ فَقْداً وَفُقُوداً وَفُقْدَاناً؛ أيْ: غَابَ عَنِّي، فَهُوَ مَفْقُودٌ[١].

وفِي اصْطِلاحِ الفُقَهاءِ: (غَائِبٌ) مِنْ بابِ التَّغْليبِ، فَيَشْمَلُ المُذَكَّرَ وَالمُؤَنَّثَ (لَا يُدْرَى)؛ أيْ: لا يُعْلَمُ (مَكَانُهُ، وَلا حَيَاتُهُ، ولَا مَوْتُهُ)، وَلَوْ قالَ المُصَنِّفُ: هُوَ غَائِبٌ لَمْ يُعْلَمْ خَبَرُهُ؛ لَكَانَ أوْلَى؛ لأنَّ المُعْتَبَرُ عَدَمُ مَعْرِفَةِ حالِهِ لا عدَمُ مَعْرِفَةِ مَكانِهِ، فَتَأَمَّل.

(فَيَنْصِبُ لَهُ القَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ)، [وَ][٢] يَقُومُ عليهِ، (وَيَسْتَوْفِي حَقَّه مِمَّا لَا وَكِيل لَهُ فِيهِ)؛ لأنَّ القَاضِي نَصَبَ نَاظِراً لِكُلِّ[٣] عَاجِزٍ عنِ النَّظَرِ بِنَفْسِهِ كالصَّبِيِّ، والمَجْنُونِ، والمَفْقُودِ كذلك، وفي نَصْبِ الحافِظِ لهُ والقَائِمُ عليهِ نَظَرَ لهُ، فإنَّهُ يَقْبِضُ غلَّاتهُ والدَّيْنَ التي أقَرَّ بِهِ غريمُ مِنْ غَرَمائِهِ[٤]؛

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب: ١/٣٦٤.

(٢) سقط من: (ج).

(٣) في (ج): (الكل).

(٤) في (أ): (لغرمائه).

لأَنَّهُ مِنْ بابِ الحِفْظِ، ويُخاصم فِي كُلِّ دَيْنٍ وَجَبَ بِعقْدِهِ[(١)]؛ لأَنَّهُ أَصِيلٌ في حقُوقِهِ، ولا يُخَاصِمُ في الدَّيْنِ الذي تَولَّاهُ[(٢)] المَفْقُودُ، ولا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عروض في يد آخر؛ لأَنَّهُ ليسَ بمالِكِهِ ولَا نَائِبَ عَنْهُ، بلْ هُو وكيلٌ بالقَبْضِ منْ جِهَةِ القَاضِي، وأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الخُصُومَةَ بِلا خِلاف، وإِنَّما الخِلافُ في الوكيلِ بالقَبْضِ مِنْ جِهَةِ المَالِكِ في الدَّيْنِ.

(وَيَبِيعُ) المَنْصُوب (مَا يَخَافُ عليهِ مِنْ مَالِهِ) [كالثِّمارِ وَنَحْوِهَا][(٣)]؛ لِتعَذُّرِ حِفْظِه بِصُورَتِهِ فَيُحْفظُ بِمعْنَاهُ وهُو الثَّمَنُ، قَيَّدَ بالخوفِ؛ لأنَّ مَا لَا يُخَافُ هلَاكهُ لا يُبَاع.

(وَيُنْفِقُ) المَنْصُوب (على زَوْجَتِهِ)؛ أيْ: زوْجَةِ الغَائِبِ، (وَ) عَلى (قَرِيبِهِ، وأَوْلادِهِ)؛ أيْ: مِنْ حيثُ الولاد؛ وهُو فُرُوعُهُ وإنْ سَفَلوا، أَوْ أُصُولُهُ وإنْ عَلَوْا؛ لأنَّ نَفَقَةَ هؤلاءِ وَاجِبةٌ مِنْ غيرِ قضَاءِ القَاضِي، وَلِهذَا لوْ ظفَرُوا بِمَالِهِ؛ أَخَذُوهُ[(٤)] مِنْ غيرِ قَضَاءٍ، ويَكُونُ القَضَاءُ إِعَانَةً، فَلَا يَكُونُ قضاءً على الغَائبِ بِخِلافِ نَفَقَةِ غيْرِهَا.

(وَهُوَ حَيٌّ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) بِحُكْمِ الاسْتِصْحابِ حتَّى يَظْهرُ خِلَافَهُ.

(لَا تُنْكَحُ امرأته) عندنَا؛ لأنَّ غيْبُوبَتهُ لا تُوجِبُ الفُرْقَةَ، والمَوْتُ مُحْتَمَلٌ[(٥)]، فلا يَزُولُ الثَّابِتُ باليَقِينِ بالاحْتِمالِ، وقالَ ﷺ في امْرأةِ المَفقُودِ: «إنَّها امْرأتُهُ حتَّى يأتِيهَا البَيَانُ»[(٦)].

---

(١) في (أ): (بعقدة).
(٢) في (أ): (تولا).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (أخذه).
(٥) في (ج): (يحتمل).
(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى عن المغيرة بن شعبة، كتاب: العدة، باب: من قال: امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، برقم: (١٥٥٦٥)، ٧٣١/٧، والدارقطني=

وقالَ مالك: إذا مَضَى أربَع سِنينَ يُفَرِّقُ القَاضِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرأتِهِ إنْ طَلَبَتْ، وَتَعْتَدُّ عِدَّةَ الوَفَاةِ، ثُمَّ تَتزوَّجُ مَنْ شَاءَتْ[١].

(وَلَا يُقْسَمُ مَالُه) بيْنَ وَرَثَتِهِ وَالْغُرَمَاء.

(وَلَا تُفْسخُ إجَارَتُهُ) كمَا[٢] لوْ علِمَ حَيَاتَه.

(مَيِّتٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، فلَا يرِثُ) المَفْقُودُ (مِمَّنْ مَاتَ حَالَ فَقْدِهِ)؛ لأنَّ بَقَاءَهُ حَيّاً فِي ذَلِكَ الوَقت باسْتِصْحابِ الحَالِ، وَهُو لا يصلح حُجَّةً فِي الاسْتِحْقَاقِ (إنْ حَكَمَ) القَاضِي (بِمَوْتِهِ، فَيُوقَفُ نَصِيبُهُ منْهُ)؛ أيْ: مِمَّنْ ماتَ حالَ فَقْدِهِ (كُلّاً أوْ بعْضاً إلى أنْ يُحْكَمَ بِمَوْتِهِ، فإنْ جَاءَ) المَفْقُودُ (قبْلَ الحُكْم بِهِ)؛ أيْ: بِمَوْتهِ (فَهُو)؛ أيْ: ذلكَ المَوْقُوفُ (لَهُ، وَإلَّا)؛ أيْ: وَإنْ لَمْ يَجِئ قبلَ الحُكْمِ (فَلِمَن يَرِثُ ذلك المالَ) المَوقُوف (لوْلَاهُ؟! وإذَا مَضَى مِنْ عُمُره مَا لا يَعِيشُ إليهِ أقْرَانُهُ)، وهذا هُو ظاهِرُ الرِّوايةِ، وهُو المُختَارُ عنْد المُصَنِّف بناءً على قَاعِدَتِهِ؛ لأنَّ مَا يَقَعُ الحاجةُ إلى مَعْرفتِهِ فطريقةُ في الشَّرْعِ الرُّجُوعُ إلى أمْثالِهِ، كَتَقْيِيمِ المُتْلَفَات، ومَهْرُ مثل النساء، وَبَقَاءه بعْد مَوتِ كُلِّ أقْرَانِهِ نَادِرٌ، ومَبْنى الأحْكامِ الشَّرعِيَّةِ على الظَّاهِرِ الغَالِب، وَيُعتَبرُ مَوتُ أقْرَانِهِ فِي أهْلِ بَلَدِهِ؛ لأنَّ التَّفَحُّصَ عَنْ حالِ الأقْرانِ في كُلِّ البُلدَان خارِجٌ عَنِ الإمْكانِ[٣].

= في كتاب: النكاح، باب: المهر، برقم: (٣٨٤٩)، ٤٨٣/٤، وهو حديث ضعيف في سنده سوار بن مصعب وهو ضعيف.
ينظر: نصب الراية للزيلعي: ٣/ ٤٧٣.

(١) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٥٦٧/٢.
(٢) في (ج): (لما).
(٣) في (أ): (المكان).

(وَقِيلَ: تِسْعُون سَنَةً) وبِهِ جَزمَ صَاحبُ الكنْزِ[١] وَغيرُهُ[٢].

قالَ فِي الكَافي: وَعليهِ الفَتْوى[٣]؛ [لأنَّ غايةَ ما ينْتهِى إليهِ أعْمار أَهْلُ زَمَانِنَا فِي الأعَمِّ الأغْلَبُ، والحَياةُ بعْدهُ نَادِرٌ][٤] وَلَا عِبْرَةَ للنَّادِرِ.

وفِي الهِدايةِ: هُوَ أرْفقُ بالنَّاسِ[٥]؛ لأنَّهُ أقلُّ المَقادِيرِ المَعْنِيَّةِ.

(وَقِيلَ: مِئةُ وعِشْرونَ سَنَةً)؛ لأنَّها نِهايَةُ أعْمارِنَا.

وَعنْ أبِي يُوسُف: مِئةٌ وَخَمْسُ سِنِينَ.

وقال محمد: مِئةٌ وعشْرُ سِنِينَ.

وقالَ الزَّيلعي: «المُخْتارُ: أنْ يُفَوَّض إلى رأي الإمام؛ لأنَّهُ يَخْتلفُ باخْتلافِ البُلدانِ والطَّبائِعِ والأزْمَان، [وَكَذا غلبة الظنِّ تَخْتلِفُ باخْتلافِ الأشْخاصِ، فإنَّ المَلِكَ العظِيمَ إذا انْقطَعَ خَبَرُهُ؛ يغْلِبُ على الظنِّ في أدْنَى مُدةٍ أنَّه مَاتَ لا سِيَّما إذَا دَخَل مَهْلكَةً، ولَمْ يَكُن سَببُ اخْتِلافِ النَّاسِ فِي مُدَّتِهِ إلَّا اخْتِلافُ آرائِهِم فِيه، فلَا مَعْنى لِتَقدِيرِ المُدَّةِ لَهُ»][٦][٧].

(حُكِمَ بِموْتِهِ) جَواب (إذا) (فِي حَقِّ مَالِهِ حِينَئِذٍ، فلَا يَرِثُهُ مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذلِك)؛ لأنَّه لَمْ يَحْكُم بِمَوْتِه فيها، فَصَار كمَا إذَا صَارتْ حَياته مَعلُومة.

---

(١) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ١٧٨/٥.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ٤٥٦/٥.

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية: ٣٦٧/٧.

(٤) سقط من: (ج).

(٥) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٤٢٤/٢.

(٦) سقط من: (ج).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣١٢/٣، ومجمع الأنهر: ٤٩٥/٤، والدر المختار: ٢٩٧/٤.

(وَ)إذا حكم بِمَوته (تَعْتَدُّ زَوْجَتُهُ للمَوْتِ عِنْد ذَلِك)؛ أيْ: عنْد الحُكْم بموْتِهِ، وَيُقسَّمُ مَالُهُ بيْنَ وَرَثَتِهِ المَوْجُودِينَ وَقْتَ الحُكْمِ؛ لأَنَّهُ مَاتَ في ذلكَ الوَقْت، اعْتِباراً للمَوْتِ الحكمي بالمَوتِ الحَقِيقِيِّ.

❖ ❖ ❖ ❖

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

(هِيَ) اخْتِلاطُ شَيءٍ لِشَيءٍ[1]، ثُمَّ أُطْلِقتْ على العَقْدِ مَجَازاً [وإنْ لَمْ يُوجد اخْتِلاطُ الشَّيْئَينِ][2]؛ لِكَوْنِهِ سَبَباً لَهُ، ثُمَّ صارتْ حقِيقةً عُرْفِيَّةً، [وَتُضافُ إلى العقدِ وبِالعكْسِ إضَافَةً لاسْمِ المُسَبِّبِ إلى السَّبَبِ وبِالعَكْسِ][3].

(ضَرْبَانِ): أحَدهُما: (شَرِكَةُ مِلْكٍ، وَشَرِكَةُ عَقْدٍ).

(فالأُولَى: أنْ يَمْلِك اثْنَانِ) فَصَاعِداً (عَيْناً إرْثاً، أوْ شِراءً [أ/٢٢٨]، أوْ اتِّهَاباً، أوْ اسْتِيلَاءً) على مَالِ حَرْبِيٍّ.

(أوِ اخْتَلَطَ مَالُهُما بِحيثُ لَا يَتميَّزُ) كالحنطةِ بالحنطةِ، والشَّعِيرُ بالشَّعيرِ ونحْوِ ذلك.

(أوْ خَلَطَاهُ)؛ أيْ: مالهما (وَكُلٌّ منْهُما)؛ أيْ: مِنَ الشركين في هذهِ الشَّرِكَةِ (أجْنَبِيٌّ)؛ أيْ: كالذِي لا شَرِكَةَ لهُ (فِي نَصِيبِ الآخَرِ) حتى لا يَجوزُ لهُ التَّصرُّف فيهِ إلا بإذْنِهِ كَمَالِ الأَجَانِبِ.

---

(١) في (ج): (بشيء).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).

(وَيَجُوزُ بَيْعُ نَصِيبِهِ مِنْ شَرِيكِهِ) [متعلق ببيع][١] (فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ) المذكورة.

(وَ) يَجُوزُ بَيعُه (مِنْ غيرِهِ بِغيْرِ إِذْنِهِ فيْمَا عَدَا الخَلْطِ والاخْتِلاطْ) [اسْتِثناءٌ مِنْ قولِهِ: (مِنْ غيرِه)؛ يعْنِي: لا يَجُوزُ بيعُ حُصَّتِهِ مِنْ غيرِ شَرِيكِهِ، فيْ هاتَيْنِ الصُّورتَيْنِ إلَّا بإِذْنِ شَرِيكِهِ][٢].

وأمَّا فِي الخَلْطِ أوِ[٣] الاخْتِلَاطِ؛ (فَلَا يَجُوزُ) بيْعُه مِنْ غَيرِهِ (بِلَا إِذْنِهِ).

والفَرْقُ: أنَّ خَلْطَ الجِنْسِ [بالجِنْسِ][٤] بِصِفَةِ التَّعدِّي سَبَبٌ لِزَوالِ المِلْكِ عنِ المَخْلُوط إلى الخَالِطِ، وإذا حَصَل بغيرِ تَعَدٍّ؛ حَصلَ سَبَبُ الزَّوَالِ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْه، فاعْتُبِر نصيبُ كلٍّ منْهُم زائِلاً عَنِ الشَّرِيكِ فِي حَقِّ البيْعِ مِنْ غيرِ الشَّرِيكِ، فلَا[٥] يَجُوزُ إلا بِرِضاءِ الشَّرِيك غير زائلٍ فِي حقِّ البَيْعِ مِنَ[٦] الشريكِ عمَلاً بالشَّبِيهينِ، وهذا أوْلَى مِنْ عَكْسِه؛ لأنَّ التَّصرُّفَ معَ الشَّريك أسْرعُ نَفَاذاً منَ التَّصرُّفِ مَع الأجنَبِيِّ، [بدَليلِ جوَازِ تَمْليكِ معتق البَعْضِ للشَّريكِ لا الأجْنَبي][٧].

(والثَّانِيةُ): وهِي شَرِكةُ العَقْدِ (أنْ يَقُولَ أحَدُهُما: شَارَكْتُكَ فِي كَذَا، وَيقْبَلُ الآخَرُ) بأنْ قالَ: قَبِلتُ.

(ورُكْنُها: الإيجَابُ) بأنْ يقولَ أحدُهُما: شَاركْتُك فِي هذا، أوْ في

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (و).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (أ): (لا).
(٦) في (أ): (عن).
(٧) سقط من: (ج).

عامَّةِ التِّجاراتِ (وَالقَبُولُ) بأنْ يقولَ الآخَرُ: قَبلتُ، فإنَّها عقْدٌ منَ العُقُودِ الشَّرْعِيَّة، فلَا بُدَّ لهَا مِنْ رُكْنٍ كسائِرِها.

(وَشَرْطُها)؛ [أيْ: شَرْطُ شَرِكةِ العَقْد][(١)] (عَدمُ ما يَقْطَعُها)؛ أيْ: الشَّرِكةُ (كَشرْطِ دَراهِمَ مُعيَّنَةٍ منِ الرِّبْحِ لأحَدِهِما)، فإنَّ هذا الشَّرْط يقْطع الشَّرَكَة لاحْتِمالِ أنْ لا يَبْقى رِبْحُ غيرِها.

(وَهِي)؛ أيْ: شركةُ العَقْدِ (أرْبعَةُ أنْواعٍ) [هذا على وِفْقِ مَا فِي الهِدايةِ[(٢)]، وَيرِدُ عليهِ: أنَّ المفهوم منْهُ أنْ لا يكونَ شرْكةُ الصَّنائِعِ، والوُجُوه، والمُفاوضَة، والعَنانُ، وليس كذلك، فَالوَجْهُ في التَّقْسِيمِ ما ذَكَرهُ الطَّحاوِي والكَرْخِي، وَاخْتارَهُ صَاحبُ البدَائِعِ[(٣)(٤)] أنَّها على ثَلاثَةِ أوْجُهٍ:

١. شركةٌ بالأمْوالِ.

٢. وَشَركةٌ بالأعْمَالِ.

٣. وَشَركةٌ بالوُجُوهِ.

فَكُلٌّ مِنْها على وَجْهينِ: مُفَاوضَة، وَعَنَانٌ، فصَارَتْ سِتَّةَ أقْسامٍ:

الأوْلى][(٥)]: (شَرِكَةُ مُفَاوِضَةٌ: وَهِي أنْ يَشْتَرِكَ) اثْنانِ (مُتَسَاوِيانِ)؛

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: ٥/٣.
(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٥٦/٦.
(٤) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، نسبة إلى كاسان بلدة في تركستان، من أهل حلب، من كبار فقهاء الحنفية، كان يلقب بملك العلماء، أخذ عن علاء الدين السمرقندي، وشرح كتابه المشهور (تحفة الفقهاء) له: بدائع الصنائع، والسلطان المبين في أصول الدين، توفي ٥٨٧هـ ودفن في حلب.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢٤٤/٢، والأعلام للزركلي: ٧٠/٢.
(٥) من قوله: (هذا على) إلى قوله: (الأولى) سقط من: (ج).

[لأنَّها فِي اللُّغةِ تَقْتضِي المُساوَاة يُقالُ: فَاوَضَ يُفَاوِضُ؛ أيْ: سَاوَى يُساوي][١] (تَصَرُّفاً)؛ أيْ: مِنْ جِهَةِ التَّصرُّفِ؛ يعني: الكَفَالَةَ مِنْ جِهَةِ والوَكالَةَ، لا مُطلَقُ التَّصرُّف؛ إذْ لا بَأس فِي أنْ يكونَ بيْعُ أحدِهِما أوْ شِراءَه أكثر مِنَ الآخر، وهَذا؛ أيْ: التَّساوِي فِي التَّصرُّفِ مُسْتَلزِم التَّساوِي فِي الدِّينِ؛ لأنَّ الاخْتِلافَ فِي الدِّينِ يؤَدِّي إلى الاخْتِلاف فِي التَّصرُّفِ، فإنَّ الكَافِرَ إذَا اشْتَرَى خَمْراً أوْ خِنْزِيراً لا يَقْدِرُ المُسْلِمُ أنْ يَبِيعهُ وَكالَةً مِنْ جهَتِه، فَيفُوتُ شَرْطُ التَّساوِي فِي التَّصرُّفِ، فَلَا حَاجَةَ إلى قَوْلِهِ: (وَدَيْناً) لانْدِراجِ[٢] ما يُفِيدُه تحْتَ قَولِه: (تصَرُّفاً) كَمَا ذَكَرْنا.

[وَهذا تصَرُّفٌ رقِيقٌ لا يَهْتدِي إلى أمْثالِهِ إلَّا مَنْ لَهُ دِرايةٌ فِي هَذا الفَنِّ][٣].

(وَمَالاً) المُرادُ: المُساواةَ في المَالِ الذي يَصِحُّ فيهِ الشَّركة، فلا بأسَ بزيَادةِ مَالٍ لا يَجْري فيهِ الشَّركةُ كالعرُوضِ والعَقَارِ (وَرِبْحاً) لِمَا بيَّنَّاهُ[٤].

(وَتَتَضَمَّنُ) هذهِ الشَّركةُ (الوَكَالَةَ وَالكَفَالَةَ) فكُلٌّ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ وَكِيلٌ للآخَرِ وَكفِيلٌ لَهُ؛ لِتَحقُّقِ المُسَاواةِ التي هِي تَقْتَضِي المُفَاوَضَة، فإذَا اشْتَرى أحدُهُما شيْئاً؛ فلِلْبَائِعِ مُطَالَبَةُ الثَّمَنِ، وأخَذُهُ مِنَ الشَّرِيكِ الآخَر.

[فإنْ قُلتَ: كيفَ جَازَتَا مَعَ جهالَةِ المَكْفولِ لَهُ والمُوكِّلِ لَهُ؟

قلتُ: لمْ تَكونَا جَائِزَتَيْنِ مَعَ الجَهَالَةِ مَقْصُوداً، وإنَّما جازَتَا هُنا فِي ضِمْنِ العَقْدِ، فَكَم مِنْ شَيءٍ يَثْبُتُ ضِمْناً ولَا يَثْبُتُ قَصْداً][٥].

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (لاندراجه).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ): (بينا).
(٥) سقط من: (ج).

(فَلَا تَجُوزُ) المُفَاوضَةُ تفريعٌ على قولِه: (وَدِيناً) (بينَ مُسْلِم وَذِمِّيّ)؛ لعدَم التَّساوِي (خِلافاً لأبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ)، فإنَّها تجُوزُ عنْدَهُ؛ لأنَّ ما يَمْلكُهُ الذِّمِّيُّ مِنْ شِراءِ الخَمْرِ والخنْزيرِ يمْلِكُهُ المُسْلِمُ بتَوْكيلِ ذِمِّيّ آخَر، فَيَتَحَقَّقُ[١] التَّساوِي، ولكنْ يُكْرَه.

وَلَهُما: إنَّ الذِّمِّيَّ يَمْلِكُ ذلكَ بنفسهِ والمُسْلمُ لا يَمْلكُ بِنفْسِهِ، فانْتَفى التَّساوِي.

(وَلَا بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ، وَبَالِغٍ وَصَبِيٍّ) تفريعٌ على قولِهِ: (تَصَرُّفاً)، فإنَّ الحُرَّ[٢] البَالِغ يَسْتَقِلُّ بالتَّصرُّفِ وَالكَفَالَةِ، وَالعبْدُ لا يمْلِكُ شيْئاً منْهُما إلَّا بإذْنِ مولاهُ، وَالصَّبِيُّ لا يَمْلكُ الكَفَالَةَ وإنْ أذِنَ لهُ الوليُّ، ويَمْلكَ التصرُّفَ بإذْنِه.

(وَلَا) بَيْنَ (صَبِيَّيْنِ، أوْ عَبْدَيْنِ، أوْ مُكَاتَبَيْنِ)؛ فإنَّهُم ليسُوا بأهْلِ الكَفَالةِ، والقياسُ: أنْ لا تجوزَ شِركَةُ المُفَاوضَةِ، وَهُو قولُ الشَّافِعي[٣].

وقالَ مَالك: لَا أدْري مَا المُفَاوَضَةُ[٤].

(وَلا بُدَّ) فِي جوازِ المُفاوَضَةِ (مِنْ لَفْظِ المُفَاوَضَةِ)؛ [لأنَّ هذا اللَّفْظَ مُغْنٍ عنْ تِعدادِ شَرَائِطِها][٥] (أوْ بيانِ جَميعِ مُقْتَضياتِها)؛ [يعنِي: لوْ لَمْ يَذْكُر

---

(١) في (أ): (فتحقق).
(٢) في (ج): (حر).
(٣) ينظر: الأم، للشافعي: ٢٣٦/٣.
(٤) هذا القول يوهم أن الإمام مالك لا يجيز شركة المفاوضة، ولكن وجدنا أنهم يجيزون هذا القسم من الشركة.
ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ٧٨٣/٢، التاج والإكليل لمختصر خليل: ٧٧/٧.
(٥) سقط من: (ج).

لَفْظَ المُفاوَضةِ وبيانِ جمِيعِ مُقْتَضياتِهَا؛ صَحَّ، اعْتِباراً للمَعنى][(١)]؛ لأنَّ أكثرَ النَّاس لا يَعْرِفُونَ شَرائِطَها، فَيشْترِطُ النَّصَّ عليْهَا أوْ على مُقْتَضياتِهِا؛ لتكونَ مَعلُومَةً ظَاهِرَةً.

(وَلَا يُشْتَرطُ تَسْليمُ المَالِ)؛ لأنَّ الدَّراهِمَ والدَّنانِيرَ لا يَتعيَّنانِ فِي العُقُود، (وَلا) يُشترَطُ (خَلْطُهُ)؛ لأنَّ المَقْصُودَ الخَلطُ فِي المُشْتَرَى، وكُلُّ واحدٍ مِنْهُما يَشْترِي مَا فِي يَدِهِ.

(وَمَا اشْتَراهُ كُلٌّ منْهُما سِوَى طَعامُ أَهْلِهِ)، وكَذَا الإدَامُ، (وَكِسْوَتِهِم)؛ أيْ: كِسْوةُ أهْلِهِ، وَكذَا طَعامُ نَفْسهِ وَكِسْوتِهِ؛ (فَلَهُمَا)؛ لأنَّ مُقْتضَى العَقْد المُسَاواة، وكلٌّ واحدٍ منْهما قَائِمٌ مَقَامَ صَاحِبِهِ فِي التَّصرُّفِ، فَكَانَ شِراءُ أحَدِهما كَشِرائِهِما، إلَّا مَا اسْتَثْناهُ فِي الكتابِ، وَهُو اسْتِحْسانٌ؛ [لأنَّه مُسْتَثْنَى عَنِ المُفاوَضةِ للضَّرُورَةِ، فإنَّ الطَّعام، وَالكِسْوة، والإدَام مِنَ اللَّوَازِم، وَلا يُمْكِن إيْجَابهمَا فِي مالِ غيرِهِ، فتَجِبُ في مَالِهِ خاصَّةً؛ إذْ مَعْلومٌ أنَّ كلاً منْهُما لَمْ يُقْصَد بالمُفاوضَةِ أنْ تكُونَ نَفقتُهُ وَنَفقةُ عِيالِهِ على الشَّرِكةِ، والاسْتِثْناءُ المَعلُومُ بِدلَالةِ الحالِ كاسْتِثناءِ المَشْرُوطِ بالمَقَالِ][(٢)].

(وَكُلُّ دَيْنٍ لَزِمَ أحَدَهُما بِمَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ) هذَا احْتِرازٌ عنْ دَيْنٍ بِسَببٍ، لا تَصِحُّ فيهِ الشَّركةُ كالجِنَايةِ، والنّكاحُ، والخُلْعُ، وَالصُّلْحُ عنْ دَمِ عَمْد، وعنِ النَّفَقة (كبَيْعٍ، وَشِراءٍ، واسْتِئجارٍ لَزِم الآخَرَ)؛ تَحْقِيقاً للمُساوَاةِ فِيمَا يَجِبُ لهُمَا وَعليْهِما.

(وإنْ لَزِمَ بِكفالةٍ) بِمالٍ (بِأمْرٍ لزِمَ الآخَرَ)؛ يعنِي: لوْ كَفل أحدُ

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).

المُفاوِضِين أجْنَبياً بمالٍ بإذنِ مكْفُولٍ عنهُ؛ يلزَمُ شَريكَهُ عندَ أبِي حَنِيفةَ (خِلافاً لَهُما)؛ فإنَّهُ لا يَلزَمُ؛ لأنَّهُ تَبَرُّعٌ.

ولأبِي حَنيفَةَ: إنَّهُ تبرُّعُ ابْتِداءٍ ومُفاوَضةُ بَقاءٍ؛ لأنَّهُ يَسْتوجِبُ الضَّمانَ بِما يُؤدِّي [أ/٢٢٩] على المَكْفُولِ عنْهُ.

(وَكَذا) لَزِمَ الآخَرَ (إنْ لَزِمَ بِغَصْبٍ) بأنْ غَصب أحد المُفاوِضِينَ شيْئاً وهَلَكَ فِي يَدِهِ (خِلافاً لأبِي يُوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ)؛ فإنَّهُ يقولُ: يخْتَصُّ بِهِ الغَاصِبُ ولا يلزم؛ لأنَّهُ ليسَ بِتِجارَةٍ، وصَارَ كأرْشِ الجِنَايَةِ.

ولَهُما: إنَّ المَضْمونَ يكُونُ مِلْكاً عنْدَ أداءِ الضَّمانِ، فَيَنْقَلِبُ ضَمَان التِّجَارة.

(وفِي الكفَالَةِ بِلا أمْرٍ) المَكْفولِ عنْهُ (لَا يلْزَمُهُ)؛ أيْ: الشَّرِيكُ الآخَرُ (فِي الصَّحِيحِ)؛ لانْعِدامِ معْنَى المُفَاوَضةِ، [ولأنَّها تَبَرُّعٌ مَحْضٌ كالكَفَالَةِ بالنَّفْسِ][(١)].

(وَإنْ وَرِثَ أحَدُهُما مَا تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ) كالنَّقْدينِ وَنَحْوِهِما، (أوْ وَهَبَ لَهُ)؛ [أيْ: أحدهُمَا][(٢)]، (وَقَبَضَهُ)؛ [أيْ][(٣)]: المَوْهُوب؛ (صَارَتْ) المُفاوَضةُ (عَنَاناً)؛ أيْ: تَنْقلِبُ[(٤)] إليْها؛ لِفَواتِ المُسَاوَاةِ[(٥)] فِيمَا يُصْلح رأسَ المالِ؛ إذْ هِي شَرْطٌ فِيهَا[(٦)] ابْتِداءً وَبَقَاءً، (وَكَذَا) صَارتْ عنَاناً (إنْ فُقِدَ فِيهَا شَرْطٌ لا يُشْتَرَطُ فِي العَنَانِ)؛ لِمَا ذَكَرْنا.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (ينقلب).
(٥) في (أ): (للمساواة).
(٦) في (ج): (فيه).

(وإنْ وَرِثَ عَرْضاً)؛ فَهُو لَهُ (أوْ عقَاراً)؛ لأنَّه [لَا][١] تَصِحُّ فيهِ الشَّركَةُ (بَقِيَتْ مُفَاوَضَةً) على حَالِهَا.

(وَلَا تَصِحُّ مُفَاوضَةٌ وَلا عَنَانٌ إلَّا بِالدَّراهِمِ، أوِ الدَّنَانِيرِ، أو بِالفُلُوسِ النَّافِقَةِ)؛ أيْ: الرَّائِجَةِ (عِنْد مُحَمَّدٍ)؛ لكَوْنِها ثَمَناً باصْطِلاحِ النَّاس.

[وَقالَ مَالِكٌ: يَجُوز بالعُرُوض والمكيل وَالموزُونِ أيْضاً إذَا كانَ الجِنْسُ وَاحِداً؛ لأنَّها عُقِدتْ على رَأسِ مالٍ مَعْلُومٍ، فأشْبَهَ النُّقُودَ][٢][٣].

(أوْ بِالتِّبْرِ) هُو الذَّهبُ الغَير المَضْرُوب (وَالنُّقْرَةِ)؛ أي: الفِضَّةُ الغَير المَضْرُوبة (إنْ تعَامَلَ النَّاسُ بِهِمَا)؛ أي: التِّبْر والنُّقْرَة، فَينزِلُ التَّعامُلُ مَنْزلةَ الضَّرْبِ[٤]، فَيكُونانِ ثَمَناً.

(وَلا تَصِحَّانِ)؛ أي: المُفَاوَضةُ والعَنَان (بِالعُرُوضِ)؛ [لأنَّهُ يُؤدِّي إلى رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَن؛ لأنَّهُ إذَا بَاعَ كُلُّ واحِدٍ مِنْهُما رأسَ مَالِهِ وَتفَاضلَ الثَّمنَان، فمَا يَسْتَحِقُّهُ أحدُهُما منَ الزِّيادةِ فِي مالِ صاحِبِهِ رَبح مَا لمْ يَمْلِكْ وَمَا لمْ يَضْمنْ، خِلافاً لمالك][٥][٦] (إلَّا أنْ يَبِيعَ) وَاحِدٌ مِنَ الذين أرَادَ الشَّرِكةَ (نِصْفَ عَرْضِهِ) - [بِسُكُونِ الرَّاءِ - وَيجُوزُ تَحْريكها قَليلاً.

وفِي الصِّحاح: «العُرُوضُ: الأمْتِعَةُ التي لا يَدخُلهَا كيْلٌ وَلا وَزْنٌ، ولا يَكونُ حيْواناً ولَا عَقَاراً»][٧][٨].

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) ينظر: الذخيرة للقرافي: ٨/٥٣.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (المضرب).
(٥) ينظر: إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك: ١/٩١.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٣/١٠٨٣.

(بِنِصْفِ عرْضِ الآخَرِ) إنْ كانَ قِيْمتها مُتساويةً، حتَّى يصِيرُ كلُّ مالٍ واحِدٍ منْهُما مُشْترَكاً بينَهُما شَرِكة مِلْكٍ.

(ثُمَّ يَعْقِدُ الشَّرِكَةَ) إنْ شاءَ مُفاوَضَةً، وإنْ شاءَ عَنَاناً، فيَصِيرُ العَرضُ رأسَ مالِ الشَّرِكِة، وإنْ كانَتْ قِيمَتُهما مُتفَاوِتَةً بأنْ يكونَ قِيمةُ متاعِ أحدِهِما ألْفاً، وَقيمَةُ الآخَر ألفَينِ يَبِيعُ صَاحِبُ الأقلِّ ثُلُثَي مَتَاعِهِ بِثُلثِ متَاعِ الآخَر، فيكونَ الرِّبْحُ بقدْرِ المِلْكِ، ويكونُ كلٌّ منْهُما وكيلاً مِنَ الآخَرِ، وإنَّما يكونَ الرِّبْحُ هُنَا بِقدْرِ المِلْك؛ لأنَّ الرِّبْح هُنا نَمَاءُ المالِ، هذِهِ حِيلةٌ لِمَنْ أرَادَ الشَّرِكَةَ فِي العُرُوضِ.

(وَلَا) تَصِحُّ (بِالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ) خِلافاً لمَالِك إذَا كانَ الجِنْسُ وَاحِداً؛ لأنَّها عُقِدَتْ على رَأسِ مالٍ مَعْلُومٍ، فأشْبَه النُّقودَ.

(وَالعَدَديِّ المُتقَارِبِ قبْلَ الخَلْطِ) اتِّفَاقاً؛ لأنَّهُ يتعين بِالتَّعْيِيْنِ، فَيَنْزِلُ منْزِلةَ العُرُوضِ.

(وَإنْ خَلَطَا جِنساً وَاحِداً، ثُمَّ اشْتَرَكا) فِيهِ؛ (فَشَرِكةُ عَقْدٍ عِنْد مُحمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ)؛ لأنَّهَا تَصْلُحُ ثمناً لِوُجُوبِهَا دَيْناً في الذِّمَّةِ إلَّا أنْ قَبْلَ الخَلْطِ لا تَتحقَّقُ[(١)] الوَكَالةُ، فإنَّهُ [لو][(٢)] قَال لهُ: اشْترِ بِحُصَّتِكَ شيْئاً على أنْ يكونَ بيْنَنَا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ تَوكيلَ الغيرِ بِبَيْعِ مِلْكِ نَفْسِهِ لا يَجُوزُ، وبَعْدَ الخَلْطِ تتَحَقَّقُ الوَكَالَةُ؛ فَصَحَّتِ الشَّرِكَةُ.

(وَ) شَركةُ (مِلْكٍ عِنْدَ أبِي يُوسف رَحِمَهُ اللَّهُ)؛ لأنَّها ليْستْ بأثْمانٍ، فلَا يَصِحُّ التَّفاضُلُ فِي الرِّبْحِ، وَثَمرَةُ الخِلافِ: تَظْهرُ عنْدَ التَّساوِي فِي المَالَيْنِ، واشْتَرَط التَّفاضُلُ فِي الرِّبحِ.

---

(١) في (ج): (يتحقق). والمثبت هو الصواب. ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٥/٣.

(٢) سقط من: (أ).

(وإنْ خلَطَا جِنْسَيْنِ) كالحُنْطَةِ والشَّعيرِ، والزَّيْتِ[(١)] والسَّمنِ؛ **(لا تَنْعَقِدُ)** الشَّركةُ **(اتِّفَاقاً)** لِمَا ذَكرْنَا[(٢)] سابِقاً.

(وَ) الثانِية: **(شركةِ عِنَانٍ)** - بكسرِ العينِ - **(وهِيَ أنْ يشْتَرِكَا مُتَساوِيَيْنِ فِيما ذُكِرَ)** منَ المالِ والرِّبحِ **(أوْ غيرَ مُتَساوِيَيْنِ)** في المالِ أوِ الرِّبْحِ **(وتَتضمَّنُ الوَكالَةَ)**؛ [لأنَّ المَقصُود منَ الشَّركة، وهُو التَّصرُّفُ في مالِ الغيرِ لا يكونُ إلا بِها عندَ عدمِ الوِلايةِ][(٣)] **(دُونَ الكَفَالةِ)**؛ لأنَّها إنَّما تَثْبُتُ[(٤)] في المُفاوَضةِ للمُساواةِ [ولَا مُساوَاة][(٥)] هُنا.

(وتَصِحُّ) شركةُ العنَانِ **(فِي نَوعٍ منَ التِّجارَاتِ وفِي عُمُومِهَا)**؛ أي: التِّجاراتُ، **(وَبِبَعضِ مالِ كلٍّ منْهُما)**؛ أيْ: تَصِحُّ أنْ يَعْقِدَ كلُّ واحدٍ منْهُما ببَعضِ مالِهِ دُونَ البَعضِ بخلافِ المُفَاوضَةِ، **(وَبِكُلِّه، ومعَ التَّفاضُلِ فِي رأسِ المالِ)**؛ لأنَّ المُساوَاةَ في المالِ ليسَ بِشرْطٍ [فيهِ؛ إذِ اللفْظُ لا يَقْتضِيهِ][(٦)]، **(وَالرِّبْحُ، وَمعَ التَّساوِي فيهِما)**؛ أي: المَالُ والرِّبْحُ، **(أوْ في أحدِهِما دُونَ الآخَرِ عِندَ عَمَلِهِمَا)**.

وَقالَ زفَر: لا يَجُوزُ فيهِما؛ لأنَّ الربْح فرْعُ المالِ، فَيكُونُ بقَدْرِ الشّرِكَةِ فِي الأصْلِ.

وَلَنَا: قولُهُ ﷺ: **«الرِّبْحُ على مَا شَرَطَا، وَالوَضِيعَةُ على قَدْرِ المَالَيْنِ»**[(٧)]، وَلمْ يَفْصِل بينَ التَّساوِي وَالتَّفاضُل.

---

(١) في (ج): (الزبيب).
(٢) في (أ): (ذكرها).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ج): (يثبت).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ذكر صاحب نصب الراية: (أنه غريب جداً، وذكر في بعض كتب الأصحاب من قول علي) ٤٧٥/٣.

(وَ) تَصِحُّ (معَ زِيادَةِ الرِّبْحِ للعَامِلِ عنْدَ عمَلِ أحَدِهِما) [خِلافاً للشَّافِعِيِّ][1][2]، (وَمعَ كَوْنِ مالِ أحدِهِما دَرَاهِمَ والآخَرَ دنَانِير)، وَكَذا مِنْ أحدِهِما درَاهِمَ بِيض وَمِنَ الآخِرِ سُود.

[وقالَ زُفر وَالشَّافعِي[3]: لا يجُوز، بِنَاءً على أنَّ الخَلْطَ شَرْطٌ عِنْدَهُما، فَلا يَتحقَّقُ ذلكَ مِنْ مخْتَلفي الجِنْس، وبِلا خَلْط][4].

(وَلا يُشْتَرطُ الخَلْطُ فِيها)؛ أيْ: فِي شركَةِ العَنَانِ (أيْضاً).

(وَالوَضِيعةُ)؛ أي: الخُسْرَان (على قَدْرِ المَالِ، وإِن) ـ للوَصْلِ ـ (شَرْطاً غيرَ ذلكَ)؛ لمَا ذَكَرْنا منَ الحديثِ آنفاً.

(ومَا شَراهُ كُلٌّ مِنْهُما طُولِبَ بِثَمَنِهِ هُو)؛ أيْ: المُشْتَرِي (فَقَط)؛ يعنِي: لا يُطَالب الآخر بناءً على أنَّ العَنَانَ لا يَتضَمَّنُ الكَفَالةَ، (وَرَجَعَ على شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ)؛ أيْ: مِنَ الثَّمنِ (إنْ أدَّاهُ مِنْ مَالِهِ).

وَقِيلَ[5]: لا؛ لأنَّهُ وكيلٌ مِنْ جِهتِهِ فِي حصَّتِهِ، فإذا أدَّى الثَّمَنَ مِنْ مالِ نفْسِهِ رَجَعَ عليهِ، [فإنْ كانَ لا يعْرِفُ ذلكَ إلا بقولِهِ؛ فعليهِ الحُجَّة؛ لأنَّهُ يدَّعِي وُجُوبَ المالِ في ذِمَّة الآخرِ، وهُو يُنْكرُ، فالقولُ للمُنْكرِ مَعَ يَمِينِهِ][6].

(وَتَبْطُلُ الشَّرِكَةُ بِهلاكِ المَاليْنِ أو أحَدِهِما)؛ أيْ: مال أحدُ الشَّرِيكَيْنِ (قَبْل الشِّرَاءِ)؛ لأنَّها عُقِدَتْ لاسْتِمْناءِ المالِ، فلا يُتصوَّرُ بَعْد هلاكِهِ، وهذا

(١) سقط من: (ج).
(٢) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: ٢٨٤/٤.
(٣) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي: ١٠٧/١.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (قبله).
(٦) سقط من: (ج).

ظاهِرٌ فِي هلاكِ المَالَيْنِ، وَكَذا إذَا هَلَكَ أحَدُهُما؛ لأنَّهُ لَمْ يَرْضَ بشركةِ صاحِبِهِ في مالِه إلا ليُشْرِكَهُ في مَالِهِ، فإذَا فَاتَ ذلكَ؛ لَمْ يَكُنْ رَاضِياً بِشركتِهِ، فَيَبْطُلُ العقْدُ؛ لعدَمِ الفائِدَةِ.

(وَهُو)؛ أي: الهَلاكُ (على مَالِكِهِ)؛ أيْ: مالِكُ المَالِ (قَبْلَ الخَلْطِ هَلَكَ فِي يَدِهِ أوْ فِي يَدِ الآخَرِ) أمَّا إذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ فَظَاهِرٌ، وأمَّا إذَا هَلَكَ في يدِ الآخَر؛ فِلكوْنِهِ أمانَة في يَدِه، (وعليْهِمَا) إنْ هَلَكَ (بَعْدَهُ)؛ أيْ: بَعْدَ الخَلْطِ؛ فَيَهْلك مِنْ مالِ الشَّرِكةِ؛ لأنَّه لا يتَمَيزُ، فيجعلُ[(١)] الهالِكَ مِنَ المَالَيْنِ.

(فإنْ هَلَكَ) مالُ أحدِهِمَا قبْل أنْ يشْتري شيْئاً (بعدَ مَا شَرى الآخَرُ بمالِهِ؛ فالمُشْتَرَى بيْنَهُمَا)؛ يعْنِي: يكونُ المُشْتَرَى لهُمَا على مَا شَرَطَا[أ/٢٣٠]؛ لأنَّ المِلْكَ حينَ وَقعَ، وَقَعَ مُشْتركاً بينَهُما؛ لقِيامِ الشَّرِكةِ وقْت الشِّراءِ، فلا يَتغَيَّرُ الحُكْمُ بهلاكِ مالِ الآخَرِ بعْد ذَلِك، (وَرَجَعَ المُشْتري على شَرِيكِهِ بِثَمَنِ حِصَّتِهِ)؛ لأنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَه بوَكالَتِهِ، وَنقَدَ الثَّمنِ مِنْ مالِ نَفْسِهِ؛ فَيصِحُّ رُجُوعَه.

(وإنْ هَلَكَ قبْل شِراءِ الآخَرِ فإنْ كانَ وَكَّلهُ حينَ الشَّرِكةَ صَرِيحاً) بأنْ قالَ كُلٌّ مِنْهُما[(٢)] لصَاحِبِه: كُلُّ ما اشْتَريتُهُ بالمَالِ الذِي معَكَ اشْترِي لِي نِصفَهُ؛ (فالمُشْترَى لَهُمَا) على مَا شَرَطَا فِي رأسِ المَالِ لا الرِّبْحُ.

مَثلاً: إنْ [كانَ][(٣)] رأسُ المالِ [بيْنهُمَا][(٤)] أثْلاثاً؛ فالمُشْتَرى يَكُونُ أثْلاثاً، وإنْ كانَ أنْصافاً فَكذلكَ؛ لأنَّ الشَّركةَ إنْ بَطلت؛ فالوَكالَةُ المصرحة

---

(١) في (ج): (فجعل).
(٢) في (ج): (واحد).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).

بِهَا قائِمَة، فكَانَ مُشْترِكاً بحُكْمِ الوَكالَةِ، وَيكُونُ (شَرِكةَ مِلْكٍ) حتَّى لا يَمْلكُ أحدُهُما أنْ يتَصَرَّف فِي نصِيبِ الآخر، (وَرجَع بِحِصَّتِهِ) لِما مَرَّ (وإلَّا)؛ أيْ: إنْ لَمْ يُوكِّلَهُ صريحاً؛ (فَللمُشْترِي فَقَطْ)؛ أيْ: كانَ المُشْترَى للذِي اشْترَاهُ خَاصَّةً.

(وَلِكُلٍّ مِنْ شريكَيْ المُفَاوَضةِ وَالعَنَانِ أنْ يُبَضِّعَ)؛ أيْ: يُعْطِي مِنْ مالِ الشَّرِكةِ رَجُلاً، ويشترط أنْ يكونَ كل الرِّبْحِ لَهُ؛ لأنَّهُ مِنْ عادةِ التِّجارَةِ.

(وَ) لَهُ أنْ (يُضَارب)؛ أيْ: يدْفَعُ المالَ [إلى الآخرِ][1] مُضارَبَةً؛ لأنَّها دُونَ الشَّركة، فيجُوزُ أنْ تَضْمَنَهَا[2] بِخَلافِ الشَّركَةِ؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يَتَضمَّنُ مثله.

وَعَنْ أبِي حنِيفَة: [إنَّه][3] لَيْسَ لَهُ أنْ يضارب؛ لأنَّهُ نَوعُ شَرِكَةٍ.

(وَيَسْتَأجِرُ) مَنْ يتَّجِرُ فِيهِ، أو مَنْ يَحْفظُ المَالَ؛ لأنَّه مُعْتادٌ بينَ التُّجَّارِ (وَيُوكِّلَ) أجْنبِيّاً فِي البَيْعِ والشِّراءِ ونَحْوِهِما؛ لأنَّهُما مِنْ تَوَابِعِ التِّجارَةِ (وَيُودِعُ)؛ لأنَّهُ مِنْ بابِ الحِفْظِ، ولَيْس لأحدِ شَرِيكَيْ العَنَانِ أنْ يرهن ويرتهن، وَكانَ لأحَدِ المُفاوِضِين ذلكَ؛ لأنَّهُ [كَانَ][4] يَمْلِكُ الإيْفاءَ والاسْتِيفاءَ مِنْ نَصِيبِ شَرِيكِهِ حَقِيقَةً، فَيمْلِكُ حُكْماً، ولَا كَذلكَ شَرِيكَي العَنَانِ.

(وَيدُهُ)؛ أيْ: يَدُ كُلٍّ مِنَ الشَّريكَيْنِ (فِي المَالِ يدُ أمَانَةٍ)؛ لأنَّهُ قَبَضَ المَالَ بإذْنِ المَالِكِ [لا على وَجْهِ البَدلِ والوَثيقَةِ، فَصَارَ كالوَدِيعةِ][5]،

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (تضمنتها).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) سقط من: (ج).

فَلا يضمنه إلا بِتَعدٍّ مِنْهُ، ولو ادَّعَى دَفْعَ المَالِ إلى شَرِيكِهِ؛ فالقولُ لهُ مَعَ اليَمِينِ.

(وَ) الثَّالِثةُ: (شَرِكَةِ الصَّنائِعِ، وَ) تُسمَّى شَركَةَ (التَّقَبُّلِ)، وشَركةُ الأعْمالِ، (وَهِي: أنْ يَشْتَرِكَ خيَّاطَانِ أوْ صَبَّاغٌ وَخيَّاطٌ) [إشارَةً إلى أنَّ اتِّحادَ الصَّنْعةِ والمَكَان ليسَ شرطٌ فِي شَركةِ الصَّنائِع][1] (على أنْ يتَقَبَّلا الأعْمالَ) [مِنَ النَّاسِ بِأجْرٍ][2] (ويكُونُ الكسْبُ بينهُما)؛ [أيْ: أُجْرةُ الكَسْبِ، فيجُوزُ ذلكَ اسْتِحْسانًا عِنْدنَا خِلافاً للشَّافِعي[3]، وَهُو القِياسُ][4].

وقَالَ زُفَر: لا يَجوزُ مَعَ اختِلافِ العَمَل؛ لأنَّ الشَّركةَ تُبْنى عَنِ الخَلْطِ والاخْتِلاطِ مَعَ الاخْتلافِ.

وَلَنا: إنَّها شَركةٌ فِي ضَمانِ العَملِ، وفِيمَا يُسْتفادُ بِهِ، وَهُو الأجْرُ لا فِي نَفْسِ العَمَلِ، والوَكَالَةُ فيهِ مُمْكِنةٌ؛ لأنَّ مَا يتقبل كلٌّ واحدٍ منْهُما مِنَ العَمَلِ فَهُو أصِيلٌ فِي نَفْسِهِ، وَكِيلٌ فِي نِصْفهِ، وبِذلكَ تَتَحقَّقُ الشَّركَةُ.

(وَلَوْ شَرَطا العَمَلَ نِصْفينِ وَالرِّبْحَ)؛ [أيْ: الآخر][5] (أثْلاثاً)، أوْ نحوه؛ (جَازَ)؛ لأنَّ هذا الرِّبْح بدَلَ العَملِ، وَهُو مُتفاوِتٌ فِي القِيمةِ؛ لأنَّهُ قدْ يكُونُ أحدُهُما أحْذَقُ مِنَ الآخَرِ، فيَصِحُّ التَّفاوُتُ فِي بَدَلِهِ.

(وَكُلُّ عَمَلٍ تَقبَّلَهُ أحَدُهُمَا يَلْزَمُهُما) نِصْفُ بِالأصَالةِ وَنِصْفُ بالكَفَالَةِ؛ لأنَّ العملَ هُنا كالثَّمنِ فِي الشَّرِكةِ بالمالِ، وَكمَا يَرْجعُ على شريكِهِ هنَاكَ بالثَّمنِ يَرْجعُ عليهِ هُنا[6] بالعملِ، لكنَّ رجُوعهُ إنَّما أمْكنَ قبْلَ العملِ؛ إذْ

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٣٧١/٦.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (هناك).

بعدَ الفراغِ منْهُ امْتَنَعَ تَضْمِيْنَه، (فعلى كُلٍّ منْهُما الطَّلبُ بالعَمَل، وَلكلٍّ منْهُما طَلبُ الأجْر)؛ أيْ: لكلٍّ واحدٍ مِنَ الشَّرِيْكينِ أنْ يَطلُبَ أجْرَ عَملِ صاحِبِهِ.

(وَيبْرأُ الدَّافعُ)؛ أيْ: دَافعُ الأجْر (بِالدَّفعِ إلى أحَدِهِما وَالكسْبُ)؛ أيْ: الأجْرُ[١] (بينَهُما) على مَا شَرَطا، (وإنْ) ـ للوَصْلِ ـ (عَمَلَ أحدُهُما فَقَطْ).

(وَ) الرَّابعَةُ: (شِركةِ الوُجُوهِ) سُمِّيتْ بِها لِما فِيها مِن ابْتذَالِ الوُجُوه؛ فإنَّها شرِكة المَفَاليسِ، [أو لأنَّ بنَاءها على وَجَاهتِهِمَا بينَ النَّاس وشُهْرَتِهِما بحُسنِ المُعامَلةِ؛ إذْ لا بُدَّ مِنْهُ في الشِّراء نَسِيئَةً.

في المَغْرب: الأوَّلُ هُو الأوْجَهُ][٢][٣].

(وَهِيَ أنْ يَشْتَرِكا) اثْنانِ (و) الحال (لَا مَالَ لهُما على أنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا) [على أحدِ الوَجْهينِ][٤] (وَيبِيعَا، و) يكون (الرِّبْحُ بَيْنَهُما)، فَهِي جائِزةٌ عنْدَنا خِلافاً للشَّافعِي[٥].

(فإنْ شَرَطاهَا)؛ أيْ: الشَّريكَانِ شَركة الوُجُوه[٦] (مُفَاوضَةً؛ صَحَّتْ)؛ لأنَّهُ يُمْكنُ تحْقِيقُ الوَكالَةِ والكَفَالةَ فِي الأبْدالِ، (وَمُطْلَقُهَا)؛ أيْ: مُطلقُ هذِهِ الشَّركةِ (عَنَانٌ)؛ لأنَّهُ[٧] المُتَعارَفُ[٨]، والمُطلَقُ يَنْصَرفُ إلى المُتعارف.

---

(١) في (أ): (للأجر).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) المغرب في ترتيب المعرب: ٤٧٨/١.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين: ١٣٢/١.
(٦) في (ج): (وجوه).
(٧) في (أ): (لأن).
(٨) في (أ): (المتعارض).

(وَتَتَضمَّنُ) عنْدَ الإِطْلاقِ (الوَكَالَةَ فِيما يَشْتَرِيَانِهِ)؛ لأنَّ التَّصرُّفَ على الغيرِ لا يجُوزُ إلَّا بِوكالةٍ أو بِولايَةٍ، ولَا وِلايةَ، فتَعيَّنَ[١] الأوْلى.

(فإِنْ شَرَطَا) فِيها (مُناصَفةَ المُشْتَرَى) بيْنهُما، وَهذَا يُوجدُ في وَجْهيْ المُفاوَضةِ والعَنَان، (أو مُثَالَثَتَهُ) وهَذا يُوجدُ في العَنَانِ؛ (فالرِّبْحُ كذَلك)؛ أيْ: مشترك مُنَاصَفةً أو مُثَالثَةً يجُوزُ.

(وَشَرْطُ الفَضْلِ) فِي الرِّبحِ على قَدْرِ المِلْك (بَاطِلٌ)؛ إذ الضَّمانُ هَهُنا بِقدْرِ المِلْك فِي المُشْتَرَى؛ فالرِّبْحُ الزائِدُ على المِلك ما لَمْ يَضْمَن.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ
في بيانِ الشّركةِ الفَاسِدةِ

(ولَا تجُوزُ الشّركةُ فِيما لا تَصِحُّ فيهِ الوَكَالةُ كالاحْتِطَابِ)؛ وَهُوَ قطْعُ الحَطَبِ (والاحْتِشَاشِ، والاصْطِيادِ، والاسْتِقَاءِ)، وَكذَا سائِرُ المُبَاحاتِ: كالجِصِّ، والمِلْحِ، والكُحلِ، وجَواهر المَعَادن، وثَمَراتِ الجبالِ والبَوَادِي، [والتِقاطُ السَّنابِلِ][٢]، وحَجَر أرض[٣] لا يملك، وترابها ونحوها؛ لأنَّ الشَّركة تقْتَضي الوَكَالةَ، والتَّوكيلُ إثْباتُ التَّصرُّفِ لِمَنْ ليسَ لهُ ولايةُ التَّصرُّفِ، وذَا لا يُوجدُ في المُباحَاتِ، (وَمَا جَمَعَهُ كُلٌّ)؛ أيْ: كُلُّ واحدٍ منْهُما؛ (فَلَهُ)؛ لأنَّه أثَرُ عمَلِهِ (وإنْ أعانَهُ الآخَرُ) مِثْل أنْ يَقْلع أحدهما ويجمع[٤] الآخر؛ (فَلَهُ)؛ أيْ: للمُعِينِ (أجْرُ مِثْلِهِ لا يُزَادُ) الأجرُ (على

---

(١) في (أ): (فيعين).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (ج): (الأرض).
(٤) في (أ): (تجمع).

نِصْفِ ثَمنِ المَأخُوذِ)؛ يعْنِي: قِيمَتهُ يومَ الأخْذِ (عنْدَ أبِي يُوسف)؛ لأنَّهُ رضِيَ بِهِ كمَا لا يَتَجاوزُ عنَ المُسمَّى في الإجارَةِ الفَاسِدَةِ (خِلافاً لِمُحمَّدٍ) فإنَّ عِنْدَهُ لهُ أجْرُ المِثْلِ بَالِغاً ما بَلغَ؛ لأنَّ ثَمنَ[1] المَأخُوذ مَجْهُولٌ، والرِّضَا بالمَجْهُولِ لَغْوٌ، فَيَسْقُطُ، (وَمَا أخَذَاهُ مَعاً؛ فَلهُمَا نِصْفَيْنِ)؛ لاسْتِوائِهِمَا في سَببِ الاسْتِحْقَاقِ.

(وإنْ كانَ لأحَدِهِما بَغْلٌ وللآخَرِ رَاوِيَةٌ) يُقالُ لها بِالفارِسِيَّةِ: (مشك آب برزك) (فاسْتَقَى أحَدُهُما؛ فالكَسْبُ لَهُ، وَلِلآخَرِ أجْرُ مِثْلِ مَالِهِ)؛ يَعْنِي: إذَا اشْتَرَكَ صاحبُ بَغْلٍ وصَاحِبُ رَاوِيَةٍ لِيَسْتَقِي عليهِ المَاء، ويكونُ الكسْبُ بيْنهمَا؛ فَسَدَ الشّرْكَةُ؛ لانْعِقادِها على إحْرازِ المُبَاحِ، وَيكُونُ الكَسْبُ لمَنْ اسْتَقى؛ لأنَّه هُو المُحْرِز، فإنْ كانَ هُو صاحِبُ بَغْلٍ يُؤدِّي أجر مثل الراوية، وإنْ كانَ صاحِبَ راوِيةٍ يُؤدِّي أجر مثل [أ/٢٣١] بغل؛ لأنَّهُ اسْتَوفى مَنْفَعَة مِلْكِ[2] الغيْرِ بِعقْدٍ فاسِدٍ، فَيَجِبُ أجْرُ المِثْلِ.

(وَالرِّبْحُ فِي الشَّركةِ الفَاسِدةِ)؛ [إذِ الشَّرْطُ فِي الشَّركةِ دَراهِمٌ مُسمَّاةٌ مِنَ الرِّبْحِ لأحَدِهِما، فإنَّهُ حينَئِذٍ يُفْسدُ الشَّرِكةَ][3] (على قَدرِ المالِ، وَيَبْطُلُ شَرْطُ الفَضْلِ) [حتى لوْ كانَ المالُ نِصْفيْنِ، وشَرطُ الرِّبحِ أثْلاثاً؛ فالشَّرطُ باطِلٌ، ويكونُ الربْح نِصْفين][4]؛ لأنَّ الربْح [فيه][5] تابِعٌ للمَالِ، فَيُقدَّرُ بقَدَرِهِ كما أنَّ الرُّبْع تابِعٌ للبَذْرِ فِي الزراعة[6]، والزيادةُ إنَّما تستحق بالتسمِيةِ، وَقد فَسَدتْ، فَبَقِيَ الاسْتِحْقَاقُ على قَدْرِ رأسِ المالِ.

---

(١) في (أ): (فمن).
(٢) في (ج): (بملك).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (المزارعة).

(وَتبْطلُ الشركةُ) مُطْلقاً (بِمَوْتِ أحدِهِما) مُطْلقاً سواءَ عَلِمَ الشَّريكُ بموتِ صاحِبِه أوْ لا؛ لِتَضمُّنِها الوَكالَةَ، وهِي تَبْطُل بِذلكَ، (وبِلحاقِهِ مُرتدّاً) يبطل الشركة (إنْ حَكمَ بِهِ)؛ أي: بلَحاقِهِ؛ لأنَّهُ بالحُكْمِ فِي حُكْمِ المَيِّتِ.

(وَلَا يُزكِّي أحدُهُمَا مَالَ الآخَرِ بِلا إذْنِهِ)؛ أيْ: ليسَ لأحَدِ الشَّريكَيْنِ أنْ يُؤدِّي زكاةَ مالَ الآخَرِ؛ لأنَّه ليسَ مِنْ جِنْسِ التِّجارَةِ، [وَهُو نائِبٌ عَنْ صَاحِبِهِ فِي التِّجَارةِ لا فِي أداءِ الزَّكاةِ][١].

(فإنْ أذِنَ كُلٌّ) واحِدٍ (لصَاحِبِهِ) بأنْ يُؤدِّي زَكَاتَهُ [سَنَةً][٢] (فأدَّيَا مَعاً)؛ أيْ: أدَّى كُلٌّ واحِدٍ بِغيبةِ صاحِبِه، واتَّفَقَ أداؤهُما فِي زَمانٍ واحِدٍ، وَلا يُعْلمُ التَّقدُّمُ والتَّأخُّرُ؛ (ضَمِنَ كُلٌّ) واحِدٍ (حِصَّةَ صاحِبِهِ) وَيتَقَاضانَ، فإنْ كانَ مالُ أحدِهِما أكثَر يرجعُ بالزِّيادةِ، (وإنْ أدَّيَا مُتَعَاقِباً؛ ضَمِنَ الثَّاني) المأمُور بِها للأوَّلِ ما أدى [له][٣] (عَلِمَ بأداءِ الأوَّل أوْ لَا)؛ لأنَّ ما أدَّاهُ لمْ يَقَع زَكَاة حيثُ أدَّاها صاحِبهُ بنفْسِهِ سابِقاً، فَيضْمَنُ عِلمَ أوْ لَمْ يعْلَمْ؛ لأنَّهُ صارَ مَعْزُولاً بأداءِ الموكل حُكْماً؛ لفَواتِ المحل، وَذَا لا يخْتلفُ بالعِلْمِ، والجَهْلِ كالوَكيلِ يبيعُ العبْدَ إذا أعْتَقَهُ المُوكِّلُ، فيَنْعَزِلُ، عَلِمَ بهِ أوْ لا، هَذا عنْد أبي حنيفة.

(وَقالا: لَا يَضمنُ إنْ لَمْ يعْلَم) الثَّاني أدَاءَ الأوَّل.

وفِي الزيادات: «لا يضمن، علم بأداء شريكه أو لم يعلم، وهو الصحيح عندهما»، كذا في التَّبْيينِ[٤].

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٣٢٤.

(وإنْ أذِنَ أحدُ المُتفَاوِضَيْنِ لِشرِيكِهِ أنْ يشْترِي أمَةً) [مِن][(١)] مالِ الشَّركةِ (لِيطَأَها) المُشْترِي، (فَفَعَل)؛ أي: اشْتَرَاها المأمُور، وأدَّى الثَّمَنَ مِنْ مالِ الشَّركة؛ (فَهِي لَهُ)؛ أيْ: للمُشْترِي (خاصَّةً بلا شَيء)؛ أيْ: لا يُغرَّمُ لشرِيكِهِ شيئاً عند أبي حنيفة، قيَّد بالإذْنِ؛ لأنَّه لوْ كانَ بدُونِه فهِي على الشَّركةِ اتِّفَاقاً، (وَيُؤْخذُ كُلٌّ) واحدٍ (بثَمَنها)؛ أي: للبائِعِ أنْ يطلُبَ بالثَّمنِ أيهما شاءَ بالاتِّفاقِ [لِما عرفت أن المفاوضة تتضمن الكفالة][(٢)].

(وقَالَا: يَضْمنُ حُصَّةَ شريكِهِ)؛ لأنَّهُ نقد الثمن مِنْ مالِ الشركة، فيضْمنُ لشريكِهِ نِصْفَهُ، كمَا لو اشْتَرى طعاماً لنَفْسِه، ونَقَض ثمَنَهُ منْ مالِ الشَّركةِ.

ولَهُ: إنَّ الإذْنَ بالشِّراءِ للوطءِ صارَ إذْناً بأداءِ الثَّمنِ مِنْ مالِ الشركَةِ، وبِهِ صَارَ واهِباً نصِيبَهُ[(٣)]؛ لأنَّ الوَطْءَ لا يَحلُّ إلا بِالمِلْكِ، ولم يذكر العِوضَ، فكانَ تَمْليكاً بغَيرِ عِوَضٍ، فكأنَّهُ قالَ: اشْتَرِ جارِيةً بيْنَنا، وَقدْ وَهبَتُ لكَ نَصَيبِي منْها، فلا يَرجعُ بشيءٍ وَهَبَهُ المُشاع فِيمَا لا يَنْقسِمُ جائزة بِخلافِ طعامِ الأهلِ وكسوَتِهم؛ لأنَّ ذلكَ مِنَ الحوائِج الأصليَّةِ، فهِي مسْتَثْناةٌ عنِ الشَّرِكةِ دلالة للضَّرورةِ كمَا مَرَّ بيانه [ولا الضَّرورة فِي مَسْألتِنا][(٤)].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) سقط من: (أ).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (أ): (نصيب).
(٤) سقط من: (ج).

كِتَابُ الوَقْفِ

[تعريف الوَقْفِ لغةً واصطلاحاً]

(هُوَ) فِي اللُّغةِ: الحَبْسُ والمَنْعُ، يُقَالُ: وَقَفْتُه وَقْفاً [وَوَقَف بِنفسِه وقُوفاً، وَقِيلَ: للمَوقُوفِ وقفُ تسمِية بالمَصْدَرِ][١][٢].

وَفِي الشَّرْعِ عِنْدهُ: (حَبْسُ العيْنِ عَلَى مِلْكِ الوَاقِفِ)؛ أيْ: قَصْره عليه لا يَتَجاوَز إلى مِلْكِ غيرِهِ (وَالتَّصَدُّقُ بِالمنْفَعةِ) هكَذا قالُوا.

وَلَوْ قِيل: وَصَرَفَ مَنْفعَتهُ إلى[٣] وَجْهٍ مِنْ وُجُوهِ الخيْرِ؛ لَكَانَ أوْلَى؛ لأنَّ المَوقُوف لَهُ لا يلزَمُ أنْ يكُونَ فَقِيراً، والتَّصدُّقُ لا يَكُونُ إلّا لَهُ[٤].

(كَالعَارِيةِ) يُنْتفَعُ بِها وَهِي على مِلْكِ صاحِبِها، وفَرَّع عليه بقوله: (فَلَا يَلْزَمُ وَلَا يَزُولُ) مِلْكهُ؛ لبَقاءِ المِلْكِ كمَا فِي العارِيةِ، فَيجُوزُ رُجُوعه وبيعَهُ وَهِبَتَه (إلَّا أنْ يَحْكُمَ بِهِ)؛ أيْ: بزَوالِ مِلْكِه، وَقِيل: [أيْ][٥]: بِالوَقْفِ

(١) سقط من: (ج).
(٢) المغرب في ترتيب المعرب: ٤٩٢/١.
(٣) في (أ): (أي).
(٤) في (ج): (الفقير).
(٥) سقط من: (ج).

(حَاكِمٌ)؛ أيْ: قَاضٍ لا محكم، فَحِينَئِذٍ يَزُولُ مِلكُ الوَاقِفِ عنْهُ[١]، وَصُورة الحُكْمِ أنْ يُسلِّمَ الوَاقِفُ مَا وَقَفَهُ إلى المُتولِّي، ثُمَّ يَقْصِدُ رُجوعَهُ عنْهُ، فينازعه في الغلة بناءً على عَدَمِ لُزومِ الوَقْفِ، ثُمَّ يخْتصِمانِ إلى قَاضٍ، فَيقْضِي بِلزُومِهِ وَزَوالِ مِلْكِهِ [عنْهُ][٢]، فإذَا حَكَمَ بانْقِطاعِ مِلْكِهِ عنِ الوَقْف لَزِمَ بالإجْماعِ؛ لأنَّهُ فصل مجتهد فيه، فإذا لحقه حكم المولى؛ لزم كسائر الأحكام الصادرة[٣] من الحكام.

(قِيلَ:) قائِلُهُ صَاحِبُ الوِقَايَةِ[٤] وَغيْرُهُ.

(أَوْ يُعلِّقَهُ بِموْتِهِ بأنْ يقُول: إذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَّفْتُ) دَارِي على كَذَا مَثلاً، واقْتَصَر فِي الكنْزِ[٥] والنِّقَايَةِ[٦] على الأوَّلِ.

وَقَالَ قاضِيْخَان: «إنَّهُ لا يلزَمُ الوَقْفَ عنْد أَبِي حنيفة إلا بطريقين:

أحَدهُما: قَضاءُ القَاضِي بِلُزُومِه.

والثاني: أنْ يُخرجَه مَخرَج الوصِيَّة، فَيقُولُ: أوْصَيْتُ بِغَلَّةِ دارِي هذِه، أوْ أرْضِي هذِهِ، أو جَعلتُها وَقْفاً، فَتصدَّقُوا بِغَلَّتها على المساكين»[٧].

(وَعنْدهُمَا: هُو)؛ أي: الوَقْفُ (حَبْسُ العينِ على) [حكم][٨] (مِلْكِ اللهِ تعالى على وَجْهٍ يَعُودُ نَفْعُهُ إلى العِبَادِ، فَيَلْزَمُ).

---

(١) في (ج): (ملكه عنه).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) في (أ): (المصادرة).
(٤) ينظر: شرح الوقاية: ١٤٨/٥.
(٥) ينظر: كنز الدقائق: ٤٠٣.
(٦) الهداية: ١٥/٣، والاختيار: ٤٥/٣، والعناية: ٢٠٣/٦، وفتح القدير: ٢٠٣/٦.
(٧) فتاوى قاضيخان: ١٥٩/٣.
(٨) سقط من: (ج).

[فِي العيون[١] والتَّتِمَّةِ[٢]: أنَّ الفتوى على قولِهِمَا[٣].

في الكافي قيل: الفتْوَى على قولِهما[٤].

قَال قَاضِيخان: «النَّاس لَمْ يأخُذُوا بقولِ أبِي حنيفة رحمهُ الله تعالى فِي هذا»[٥]، فَيلزَمُ؛ لأنَّ الإنسانَ يحتَاجُ إلى صَدَقةٍ دائِمَةٍ على وَجْهٍ لا يَرِدُ عليهِ نَقْضٌ، وذَا فِي لُزُومِهِ، ويُمكِنُ أنْ يُقال: يَزُول مِلْكه إلى الله تعالى كالمسْجِدِ، ولَهُ: إنَّ غَرَضَهُ التَّصدُّقُ لِمنْفعةِ مالِهِ، وذَا يَقْتضِي بقاءَهُ على مِلكِه لا زَوَالهُ عنهُ حتى يصِير تَصدُّقاً عنهُ كما فِي العَوَارِي][٦]، والمُرادُ باللُّزُومِ: أنْ لا يجوزَ للوَاقِفِ إبطاله في حياتهِ، ولا لِوارثِهِ بَعْدَهُ.

(وَيزُولُ مِلْكهُ بمُجرَّدِ القولِ)؛ أيْ: بِمُجرَّدِ قوله: وَقَفْتُهُ (عندَ أبِي يُوسف)، فلا يُباعُ، ولَا يُورَثُ.

(وعنْدَ مُحمد: لا) يَزُول مِلْكه بِمُجردِ القولِ (مَا لَمْ يُسلِّمْهُ إلى وَلِيٍّ)؛ أي: إلى مُتَولٍّ أو موقُوف عليه.

ولأبِي يوسف: إنَّ الوَقْفَ إزالةُ المِلْك للتَّقرُّبِ، لا التَّمليكُ منَ الله حَقِيْقَةً؛ لأنَّه غيرُ مُتصوَّرٍ، فَيصِحُّ بِدُونِ التَّسليمِ كالإعتَاقِ، ومَشَايخُنا أخَذُوا بِهِ تَرْغِيباً.

---

(١) ينظر: مجمع الأنهر: ٧٣٣/١.
(٢) ينظر: خليج البحار: ص١٨١.
كشف الظنون: ٣٤٣/١.
(٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣٢٥/٣.
(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ٣٠/١٢.
(٥) في (أ): (الناس لا يأخذوا أن يقول أبا حنيفة في هذا) والصحيح ما أثبتناه.
ينظر: فتاوى قاضيخان: ١٥٩/٣.
(٦) من قوله: (في العيون) إلى قوله: (العواري) سقط من: (ج). ينظر: مجمع الأنهر: ٧٣٣/١.

ولِمُحمَّدٍ: إنَّ تَمْليكَهُ مِنَ الله قصْداً غيرُ مُتَحقِّقٍ، فإنَّما يَثْبُتُ في ضِمْنِ التَّسليمِ إلى[(١)] العبْدِ كالصَّدقاتِ، وَمشايخُ بُخارَى أخذُوا بقولِهِ.

(فَلَوْ وَقَفَ على الفُقرَاءِ، أوْ بنِي سِقَايةً) وَهِي [المَوْضِعُ][(٢)] الذي يُسْقَى مِنْهُ، (أوْ خَاناً) [الخَانُ: مَا يُبْنى في المَفَازَةِ على طُرُقِ البلادِ؛ لِيَنْزلَ فِيه أبْناءُ السَّبِيلِ.

قالَ الجَوْهرِي: الخَانُ: هُو المَبْني للتُّجَارِ[(٣)]][(٤)].

(أوْ رِبَاطاً): [الرِّبَاطُ: بُنِي في الثُّغُورِ لينْزل فِيهِ الغُزَاةُ.

وفِي شَرْح المَجْمع: الرِّباطُ: هُو ما يُبْنَى لأبْناءِ السَّبِيلِ[(٥)]][(٦)].

(لِبَنِي السَّبِيلِ، أوْ جَعَلَ أرْضَهُ مَقْبَرةً لا يزُولُ مِلْكُه عَنْهُ إلا بِالحُكْمِ) عِنْد أبِي حنيفةَ.

(وَعِنْدَ أبِي يُوسُفَ: يَزُولُ) عَنْ مِلْكِ الوَاقِفِ (بِمُجرَّدِ القَوْلِ، وَعِنْدَ مُحمَّدٍ: إذَا سَلَّمَهُ إلى مُتَوَلٍّ)، [متول][(٧)] هَذا قَدْ عُلِمَ مِمَّا مَرَّ سَابِقاً.

(واسْتَقَى النَّاسُ مِنَ السِّقايَةِ، وَسكَنُوا الخَانَ، وَ) نَزلُوا (الرِّبَاطَ، وَدَفَنُوا فِي المَقْبَرَةِ) لَفٌّ وَنشْرٌ مُرتَّبٌ على قولِ مُحَمَّدٍ.

(وَشَرَطَ لِتَمَامِهِ) [أ/٢٣٢]؛ أيْ: لِتَمَامِ الوَقْفِ (ذِكْرُ مَصْرِفٍ) ـ بكسْرِ الرَّاءِ ـ (مُؤَبَّدٍ) عنْد أبِي حنِيفةَ وَمُحمَّدٍ، حتَّى إذَا كانَتِ الجِهَةُ يُتوهمُ

---

(١) في (أ): (عن).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٥/٢١١٠.
(٤) سقط من: (ج).
(٥) ينظر: مجمع البحرين وملتقى النيرين: ١/٤٧٠.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) سقط من: (ج).

انقِطاعهَا؛ لا يَصِحُّ إذا لَمْ يَجْعل آخرهُ للمَسَاكِين؛ لأنَّ مُوجِبَ الوَقْفِ زَوال المِلْكِ بلا تَمْليكٍ، وذَا يتأبد كَالعِتْقِ، فإذَا كانَتِ الجِهَة يُتوهَّمُ انْقطَاعها يتوقَّفُ[١] عليهِ مُقْتَضَاها.

(وَعنْدَ أبي يُوسُف: يَصحُّ بِدُونِهِ)؛ أيْ: بِدُونِ ذِكْرِ مَصْرفٍ مُؤَبَّد؛ لأنَّ المَقْصُودَ هُو التَّقربُ إلى اللهِ، وَذَا مرَّة يكونُ بالصَّرْفِ إلى جِهَةٍ ينقطع، وَمَرَّةً بالصَّرْفِ إلى جِهَةٍ يَتَأبَّدُ، فَيصِحُّ فِي الفَصْلَيْنِ؛ تَحْصِيلاً لِمَقْصُودِ الوَاقِفِ.

(وَإذَا انْقَطَعَ) المَصْرفُ والمُسمَّى (صُرِفَ) الوَاقِفِ[٢]؛ أيْ: غَلَّتَهُ (إلى الفُقَراءِ).

قِيلَ: الخِلافُ فَي ذِكْرِ التَّأبِيدِ؛ لأنَّ نفْسَ التَّأبِيدِ شَرْطٌ بِالاتِّفاقِ.

(وَصَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُف وَقْفُ المُشَاعِ) [شُيُوعاً مُقَارَناً][٣] وإنِ احْتَمَلَ القِسْمَةَ؛ لأنَّ القِسْمَةَ مِنْ تَتِمَّةِ القَبْضِ، وأَصْلُ القَبضِ عنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَكَذا تَتِمَّتُه.

قال فِي المُحيط: «وأبُو يُوسف كانَ يضيق في أمْرِ الوَقْفِ غايَةَ التَّضْيِيْق أولاً مثلَ أبِي حنِيفة، ثُمَّ رجع ووسع غاية التوسع حتَّى لَمْ يَشْترِط القَبْضَ والإفْراز، وَمحَمَّد تَوَسَّطَ بيْنَهُما، وَلِهَذا أفْتَى بِهِ عامَّتُهُم»[٤].

(وَجَعْلُ)؛ أي: صح جعل (غُلَّةَ الوَقْف، أو الوِلَايَةِ لِنَفْسِهِ).

أمَّا الأولُ؛ فلأنَّ العَيْنَ بالوَقْفِ يَزُولُ عَنْ مِلْكِهِ إلى الله، فالمَنَافِعُ

---

(١) في (ج): (يتوفر).
(٢) في (أ): (الوقف).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) المحيط البرهاني: ١١٢/٦، وذكره الزيلعي في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣٢٧/٣، والمبسوط للسرخسي: ٤١/١٢.

تحدث[١] على مُلْكه تعالى، فَصَارَ شارِطاً لنَفْسهِ للهِ تعالى، فَيَصِح، وبِهِ قالَ مَشايِخُ بَلَخ، وعليهِ الفتْوى ترْغِيباً للنَّاسِ في الوَقْفِ.

وأمَّا الثَّاني؛ فلأنَّهُ أقرب النَّاس إلى هذا الوَقْف، فيكونُ أحق بِولايَتِهِ.

(وَ) صَحَّ (جَعْلُ البَعْضِ) منَ الغَلَّةِ (أو الكُلِّ لأُمَّهاتِ أوْلَادِهِ أوْ مُدَبَّرِيهِ مَا دَامُوا أحْياءً، وَبَعْدَهُم للفُقَرَاءِ) والمَساكين، فَقَدْ قِيل: يجوزُ باتِّفاقٍ.

وَقَدْ قِيل: هُو على الخلافِ أيضاً، وَهُو الصَّحيحُ؛ لأنَّ اشْتِرَاطَهُ[٢] لهُمْ فِي حياتِهِ كاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ، كذَا فِي الهِدايةِ[٣].

(وَ) صَحَّ أيْضاً (شَرْطُ) الوَاقِفِ (أنْ يَسْتَبْدِلَ) بِهِ (غيْرَهُ إذَا شَاءَ)؛ لأنَّ فيهِ تحويْلهُ إلى مَا يكونُ خيراً مِنَ الأولِ أو مثله، فكانَ تقريراً لا إبْطالاً فيَصِحُّ اسْتِحْساناً، وَبِهِ قالَ هلال[٤]، والخصاف[٥].

في الخلاصة: عليه الفتوى[٦].

(خِلافاً لمُحمَّدٍ فِي الكُلِّ)؛ أيْ: فِي المسائِل المُتقدِّمةِ أمَّا فِي المُشَاعِ؛ فلأنَّ التسليم شَرْطٌ عنْدَهُ يُخرِجُ[٧] العينَ عنْ مِلْكِهِ إلى الله، وَيَنْقطِعُ اختصاصُه وَوَقْفُ المُشاعِ، وَشَرطَ لِنَفْسهِ الغَلَّةَ[٨] يُنافِي ذلك، وأمَّا

---

(١) في (ج): (يحدث).

(٢) في (أ): (اشتراط).

(٣) الهداية في شرح بداية المبتدي: ١٩/٣.

(٤) هلال بن يحيى بن مسلم البصري، أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر، وروى عن أبي عوانة وابن مهدي، لقب بالرأي لسعة علمه وكثرة فقهه، له: مصنف في الشروط، وأحكام الوقف، توفي ٢٤٥هـ.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢٠٧/٢، وتاج التراجم: ٣١٢/١.

(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٢٣٩.

(٦) ينظر: مجمع الأنهر: ٧٣٦/١.

(٧) في (ج): (ليخرج).

(٨) في (ج): (وشرط الغلة لنفسه).

فِي شَرْطِهِ[(١)] الاسْتِبدال؛ فيصحُ الوَقْفُ إلَّا أنَّهُ يَبْطُلُ شَرْطُهُ؛ لكونِهِ فاسِداً، [والذي يَظْهرُ أنَّ قول أبي يوسف مختار المصَنِّف بناءً على عادَتِهِ مِنْ تقديمِ مَا هُو المُختَارُ كمَا نَبَّه عليهِ فِي الدِّيَباجَةِ[(٢)]][(٣)].

(وَصحَّ وَقْفُ العَقَارِ) لِلنُّصُوصِ والآثَارِ، (وَكَذا)؛ أيْ: يَصِحُّ وَقْفُ (المَنْقُولِ المُتَعَارَفِ وَقْفُهُ) بينَ النَّاسِ (عِنْدَ مُحمَّدٍ كالفَأسِ، والمُرُو، وَالقَدُّومِ): ـ بِفتْحِ القَافِ ـ وَهُو ما يُنْحتُ[(٤)] بهِ الشَّجرُ، (والمِنْشارِ، والجَنَازةِ) ـ بكسرِ الجِيم ـ، [وقِيلَ: بفَتْحِها هُو السَّريرُ لحملِ الميِّتِ][(٥)]، (وَثِيابِها) [وَأوانٌ يَحْتاجُ إليها غُسَّالُ المَوْتى][(٦)]، (وَالقُدُورِ): جمع قِدْر (وَالمَراجِلِ، والمَصَاحِفِ، والكُتُبِ) [وعنْ نصير بن يحيى: أنَّهُ وقَفَ كُتُبَهُ إلْحاقاً لهَا بالمَصاحِفِ][(٧)]، (وأبُو يوسُف معَهُ)؛ أيْ: مَعَ مُحمَّدٍ (فِي) صحَّة (وَقْفِ السِّلاحِ)، وَكذَا الدُّرُوعُ[(٨)] (وَالكُرَاعِ كالخيلِ، والإبِلِ فِي سبيلِ الله تَعالى، وَبه)؛ أيْ: بقولِ مُحمدٍ (يُفْتَى)؛ «لوُجُودِ التَّعامُلِ فِي هذهِ الأشياء، وبالتَّعامُلِ يُتْرَكُ القِياسُ كمَا فِي الاسْتِصْناعِ، قالَ رسول الله ﷺ: «مَا رآهُ المُسْلِمُونَ حَسَناً، فَهُو عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ»[(٩)].

---

(١) في (أ): (شرط).

(٢) أي: في مقدمة كتابه (ملتقى الأبحر) حيث قال: «صرَّحت بذكر الخلاف بين أئمتنا، وقدمت من أقاويلهم ما هو الأرجح، وأخرت غيره». ينظر: خليج البحار: ص١٢٨.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (أ): (نحت).

(٥) سقط من: (ج).

(٦) سقط من: (ج).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) في (ج): (الدراع).

(٩) أخرجه أحمد في مسنده موقوفاً على ابن مسعود ﷺ، مسند المكثرين من الصحابة، =

[بِخِلافِ مَا لَا يُتعامَل فِيه كالثِّيابِ والأمْتِعَةِ؛ لأنَّ مِنْ شَرْطِ الوَقْفِ التَّأبِيدُ كمَا بَيَّنَّا، وَتَركْناهُ فِي السِّلاحِ والكُراعِ بالنَّصِ، وَفِيما جَرَى فيهِ التَّعامُلُ بالتَّعَامُلِ، فَبَقِي مَا رَأوهُ على الأصْلِ، والفَتْوى على قولِ مُحمَدٍ؛ لحاجَةِ النَّاسِ وتَعَامُلهم بِذلك»، كذَا فِي الاخْتِيار[1].

وَعنِ الأنْصاري[2] وَكَانَ مِنْ أصْحابِ زُفَرَ فِيمَنْ وَقَف الدَّراهِم أوْ الطَّعامَ أوْ مَا يُكالُ أوْ مَا يُوزَنُ أيَجُوزُ ذَلكَ؟

قَالَ: نَعمْ.

قِيل: وَكيْف؟

قالَ: يَدفُعَ الدَّراهِمَ مُضَارَبَةً، ثُمَّ يَتصدَّقُ بِفَضْلِها على وجْهِ الذي وَقَفَ عليهِ، وَمَا يُكالُ وَيُوزَنُ يُبَاعُ، فَيدْفعُ ثَمنهُ مُضارَبَةً أوْ بِضَاعةً كالدَّراهِمِ، فعلى هذا الكُرُّ مِنَ الحنْطةِ، كذا في الخُلاصَة[3]][4].

(وَكذَا يَصحُّ عِنْد أبِي يُوسُف وَقْفَهُ تَبعاً) للعقَارِ (كَمَنْ وَقَفَ ضَيْعةً)، وَهِي المَزْرعةُ (بِبَقَرِهَا)؛ أيْ: مَعَ بَقَرِها، (وَأكَرَتِها)

= مسند عبد الله بن مسعود، برقم: (٣٦٠٠)، ٨٤/٦، والحاكم في المستدرك، كتاب: معرفة الصحابة ﷺ، برقم: (٤٤٦٥)، ٨٣/٣، ثم قال: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرِّجاه».

(١) الاختيار لتعليل المختار: ٤٣/٣.

(٢) محمد بن عبد الله بن المثنى الأنصاري، من ولد أنس بن مالك ﷺ، أخذ عن زفر، طلب العلم وهو شاب، حدَّث عن سليمان التيمي، وحميد الطويل، روى عنه البخاري في صحيحه، ولي القضاء بالبصرة أيام هارون الرشيد، توفي ٢١٥هـ.
ينظر: سير أعلام النبلاء: ٢٠٤/٨، والجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٧٠/٢.

(٣) ينظر: درر الحكام: ١٣٧/٢، ومجمع الأنهر: ٥٨٠/٢، وحاشية ابن عابدين: ٣٦٤/٤.

(٤) من قوله: (بخلاف) إلى قوله: (الخلاصة) سقط من: (ج).

[بالفَتْحَاتِ][(١)] جَمْعُ أكَرٍ، وهُو الزراع، (وَهُمْ عَبِيدُهُ)؛ أيْ: عبيدُ الواقِفِ، (وسائِرِ آلاتِ الحِراثَةِ) كوقْفِ الدِّلَابِ، ومَعَهُ سَاقِية[(٢)]، وعليْهَا حَبْلٌ وَدَلْوٌ.

(وإذَا صَحَّ الوَقْفُ؛ فلَا يُمْلكُ)؛ أيْ: لا يكونُ ممْلُوكاً لصاحِبِهِ (وَلا يُملَّكُ) مِنَ التَّمْليكِ؛ أيْ: لا يَقْبلُ التَّمليكَ لغيرِهِ بِالبَيْعِ وَنَحْوِهِ؛ لاسْتِحالَةِ تَمْليكِ الخَارِجِ[(٣)] عنْ مِلْكِهِ (إلا أَنَّهُ يَجُوزُ قِسْمةُ المُشاعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) بأنْ وَقَفَ نصِيبَهُ مِنْ عَقَارٍ مُشْتَرِكٍ يجوزُ للواقِفِ [لَهُ][(٤)] أنْ يقسم مع الشَّرِيكِ، وإنْ وَقَفَ نِصْفَ عقارٍ لَهُ، فالقَاضِي يقسم مَعَ الوَاقِفِ، لكنْ لا يجوزُ قسمةُ الوَقْفِ بينَ المَصَارِفِ.

وَعِندَ أَبِي حنِيفَةَ: لا يُقسَّم بَلْ يَتَهَايَئُونَ[(٥)].

(وَيبْدأُ مِنْ ارتِفَاعِ الوَقْفِ) وَمَا[(٦)] يَحْصُلُ منْهُ (بِعِمَارَتِهِ، وإنْ) - للوَصْل - (لَمْ يَشْتَرِطْهَا الوَاقِفُ)، [فإنَّها إنْ لمْ تَكُنْ مَشْرُوطة نَصّاً فَهِي مشْرُوطَةٌ اقْتِضاءً؛ لأنَّ مقصودَ الواقِفِ إدرار الغلة مؤبداً على المصارف، وهذا إنَّما يحْصُلُ بإصْلاحِهَا وعَمَارتِها، فَيَثْبُتُ شَرْطُ العَمَارةِ اقْتِضاءً، والثَّابِتُ بِه كالثَّابِت نَصّاً][(٧)].

(إنْ وَقَفَ على الفُقَراءِ)؛ إذْ [ليسَ][(٨)] لهُمْ شيءٌ حتَّى يُعمِّرُوا بِهِ،

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (سانية).
(٣) في (أ): (الخراج).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) في (أ): (يتهاينون).
(٦) في (أ): (ولا).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (ج).

ولَيسَ بِمَحْصُورِين[١] حتَّى يُطَالبُوا، وأقرَبُ أمْوالِهم غَلَّة الوَقْفِ فَيُعمَّر منْها، وما فَضل مِنَ العمارَةِ يُصْرفُ إلَيْهِم.

(وَإنْ) كان وَقَفَ (على) شَخْصٍ أوْ جَمْعٍ (مُعَيَّنٍ) بأنْ يَكُونَ الوقْفُ دَاراً على سكْنَى أوْلادِه مثلاً (فَعَلَيْهِ) تَعْمِير فِي مَالِهِ فِي حالِ حَيَاتِهِ ولا يؤخذ من الغلة؛ لأنَّ الغرم بالغنم.

(فإنْ امْتنَعَ) ذَلكَ المُعيَّنُ مِنْ عِمارتِهِ (أوْ كانَ فقِيراً) عاجِزاً عنْهَا (آجَرهُ)؛ أيْ: الوَقْفُ (الحَاكِمُ) بِقَدرِ عمَارةِ الوَاقِفِ على الصِّفةِ التِي وَقَفَهَا، ولا يَزِيدُ على ذَلِك إلا بِرِضَى ذلكَ المُعيَّنِ، وَكَذا إنْ كانَ وَقْفاً على الفُقَرَاءِ لا يَزِيدُ على ذَلِكَ على الصَّحِيحِ.

(وَعَمَرَهُ مِنْ أُجْرَتِهِ، ثُمَّ)، إذَا عمَرَهُ (رَدَّهُ) الحَاكِمُ (إلَيْهِ)؛ أيْ: إلى المَوْقُوفِ عليهِ؛ لأنَّ فِي ذلك رعَايةٌ لحقِّ الوَاقِفِ وَحَق المَوقُوفِ عليهِ، ولا يُجْبرُ المُمْتنِع على العَمَارةِ.

(وَنُقْضُ) فِي المغرب هُوَ: ـ بِضَمِّ النُّون ـ البِنَاءُ المَنْقُوض منَ الخَشَبِ وغيرِهِ[٢].

وَفِي الصِّحاحِ: بِكَسْرِ النُّونِ لا غَيْر[٣].

(الوَقْفِ يُصْرَفُ) عينه (إلى عِمَارَتِهِ)؛ أي: عِمارةُ الوَقْفِ (إن احْتَاجَ) الوَقْفُ إلى النَّقْضِ (وإلَّا)؛ أيْ: وإنْ لَمْ يَحْتَجِ الوَقْفُ [أ/٢٣٣] (حُفِظَ إلى وَقْتِ الحَاجَةِ) إلى التَّعْمير، فَيصرف فِيها (وإنْ تَعَذَّرِ صَرْفُ عَيْنِهِ؛ يُبَاعُ، وَيَصْرِفُ ثَمَنَهُ إلَيْهَا) صَرْفاً للبَدَلِ إلى مَصرف المبدل.

---

(١) في (ج): (المحصورين).
(٢) المغرب في ترتيب المعرب: ٤٧٣/١.
(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ١١١٠/٣.

(وَلَا يقْسَمُ) النَّقْضُ وَلا ثَمَنُه (بَيْنَ مُسْتَحِقِي الوَقْفِ)؛ لأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ العَينِ، وَلا حَقَّ للمَوْقُوفِ عليهِمْ [فِيهَا][1]، وإِنَّما حَقُّهُم فِي المَنْفَعَةِ، والعينُ حقُّ اللهِ تعالى، فَلا يُصْرَفُ إِلَيْهِمْ

***

فصل

لَمَّا كانَتْ أحكامُ هذا الفصلِ مُخالِفةً لأحْكَامِهِمَا، سَبَقَ عليه فِي الشُّروطِ فِي اشْتراط التَّسْليمِ إلى المُتَولِّي عنْدَ مُحمَّد، واشْتِراط الحُكْمِ للخُرُوجِ عَنْ مِلك عند أَبِي حنِيفَةَ؛ ذَكَرْنَا لِيُفْصَل على حِدَةٍ.

(إِذَا بَنَى مَسْجِداً لا يَزُولُ مِلْكُهُ عنْهُ حتَّى يَفْرِزَهُ) وَيُميِّزَهُ (عَنْ مِلْكِهِ بِطرِيقِهِ) بأنْ جَعَلَ لهُ طرِيقاً عامّاً للمُسْلِمينَ، (وَ) حتَّى (يَأْذنَ بالصَّلاةِ فِيْهِ) [إِذْناً مُؤبَّداً بأنْ قال للنَّاسِ: صلُّوا فِيهِ بِجمَاعَةٍ أَبَداً، حتَّى لوْ قالَ: صلُّوا فِيهِ يَوْماً أَوْ شَهْراً أَوْ نَحْوِهِ، فَصلَّوْا لا يُزَال مِلْكه][2].

(وَيُصلِّي فِيهِ واحِدٌ)، فحِينَئِذٍ يَزُولُ عَنْ مِلْكِهِ عنْدَ أَبِي حنِيفَةَ، أَمَّا الإفرَازُ؛ فلأَنَّهُ [لَا][3] يَخْلُصُ للهِ تعالى إلا بِهِ، وأمَّا الصلاةُ فِيهِ؛ فلأَنَّه لا بُدَّ مِنَ التَّسْليمِ عنْدَ أَبِي حَنِيفةَ وَمحمَّدٍ، وَيُشْتَرطُ تَسْليمُ نَوْعِهِ، وَذلكَ في المَسْجِدِ بالصلاةِ فيه، أَوْ لأَنَّه لمَّا تَعَذَّر القَبْضُ يُقامُ تَحقُّقِ المقْصُود مَقَامهُ، ثمَّ يكْتفِي بصلاةِ الواحِدِ فيه.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (أ).

(وفِي روايةٍ) عنْ محمد: (شَرْطُ صلاةِ جَمَاعةٍ)؛ لأنَّ المَسْجدَ يُبْتنَى كذلَكَ في الغَالِب.

(وَلَا يَضُرُّ جَعْلُهُ تَحْتَهُ)؛ أيْ: ذتَحْتَ المَسْجِد (سِرْداباً): - بِكسْرِ السِّينِ - وَهُوَ معرب سردابه: وهو بيتٌ يُتَّخَذُ تحْتَ الأرضِ للتَّبْريدِ (لِمَصَالِحِهِ)؛ [أيْ: لمَصَالحِ المَسْجِد][1] كمَا فِي مَسْجدِ بيتِ المَقْدسِ؛ [لأنَّهُ حينَئِذٍ لا يكونُ السِّردَابُ ممْلُوكاً لأحَدٍ][2]، (فإنْ جَعلَهُ لغيرِ مَصَالِحِهِ أوْ جعَلَ فوْقَهُ)؛ أيْ: فَوْقَ المَسْجِدِ (بَيْتاً، وَجعَلَ بَابَهُ)؛ أي: بابَ المسْجِد (إلى الطَّرِيقِ) الأعْظمِ، (وَعَزَلَهُ) عَنْ مِلْكِهِ، (أوْ اتَّخذَ وَسْطَ دارِهِ) بالسكونِ (مَسْجداً، وَأذِنَ بِالصلاةِ فِيهِ؛ لا يَزُولُ مِلْكُهُ عنهُ، ولهُ بيْعُهُ، وَيُورَثُ عنْهُ) إنْ ماتَ فِي الصُّورِ كلها؛ لأنَّ مِلْكهُ محيطٌ بِجوانِبِهِ، فكانَ لهُ حقُّ المَنْعِ (وعِنْدَ أبِي يُوسف يَزُول مِلْكُ) الواقِفِ عَنِ الوَقْفِ (بِمُجرَّدِ القَوْلِ مُطْلقاً)، فلَا يَعودُ إلى مِلْك بانِيهِ إنْ كانَ حيّاً، ولا إلى مِلْك وارِثِه إنْ كان ميّتاً؛ لأنَّ الوَقْفَ عنْدَهُ إسْقاط المِلكِ كالإعْتاقِ، والتَّسْليمُ ليسَ بشرْطٍ عنْدَهُ.

(وَلَوْ ضَاقَ المَسْجِدُ وَبِجنْبِهِ طَرِيقُ العامَّةِ يُوسَّعُ مِنْهُ) إذا لمْ يَضُرَّ بالمَارَّةِ (وَبِالعَكْسِ) بأنْ جعَلَ بَعْضَ المَسْجِدِ طرِيقاً؛ لأنَّهما للمُسْلِمين.

(رِبَاطٌ أُسْتُغْنِيَ عَنْهُ يُصْرَفُ وَقْفُهُ إلى أقْرَبِ رِبَاطٍ إلَيْهِ)؛ لِمَا بَيَّنَّا.

(وَالوَقْفُ فِي المَرَضِ)؛ أي: مَرَضُ المَوْتِ (وَصِيَّةٌ)؛ [لأنَّهُ تبرُّعٌ][3]، فَصَارَ كَسائِرِ التبرُّعاتِ.

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ج).
(٣) سقط من: (ج).

(وَيُتَّبَعُ شَرْطُ الوَاقِفِ فِي إجارَةِ الوَقْفِ إنْ وُجِدَ)؛ لأَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ[١] بِشَرْطٍ معْلُومٍ، فيَتقَيَّدُ[٢] بِهِ، (وإلَّا)؛ أيْ: وإنْ لَمْ يَشْرطِ الواقِفُ شيْئاً، (فَيختَارُ) للفَتْوى (أنْ لَا تُؤَجَّر الضِّياعُ) جَمْعُ ضَيْعَةٍ؛ أي: ضِياعُ الوَقْفِ (أَكْثَرَ مِنْ ثلاثِ سِنِينَ، ولَا غَيرُهَا أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ) سَيَجِيء، وهَذا[٣] فِي المَتْنِ مُكرَّرٌ لئَلَّا يتخذ مِلْكاً بطول المدة، فتندرس سمة الوقفية، وَيتَّسم[٤] بسمة الملكية؛ لكثرة الظلمة في زماننا، وتغلبهم واستحلالهم»، كذا في الاختيار[٥].

[(وَلَا يُؤَجَّرُ) الوَقْفُ (إلَّا بِأجْرِ المِثْلِ) فلَو آجرهُ مُتوَلِّي الوَقْف دارَ المَوْقُوفةِ بدُونِ أجْرِ المِثْل لَزِمَهُ إتْمامهُ دَفْعاً للضَّررِ عنِ الوَقْفِ، (ثُمَّ) إذَا أجِّر بأجْرِ المِثْلِ (لا تُنْقَضُ) الإجَارةُ، و(إنْ) - للوصْليَّةِ - (زَادَتِ الأُجْرةُ لكَثْرةِ الرَّغْبةِ)؛ لأنَّ أجْرَ المِثْلِ يُعْتَبرُ وَقْتَ العقْدِ، والصَّحيحُ: أنَّ لهُ أنْ يَنْقُضَ الإجَارَةَ، كذا في عُمدة الفَتاوى للصَّدْرِ الشَّهيد[٦].

(وَلَيْسَ للمَوقُوفِ عليْهِ أنْ يُؤَجِّرَ)؛ إذْ لَا وِلايَةَ له عليْهَا؛ لأَنَّهُ غير مَالكٍ ولا نَائِبٍ عنْهُ، بلْ يُؤَجِّرُهُ المُتولِّي أو القاضِي (إلَّا بِإنابَةٍ) إلا مِنْ جِهةِ أنْ يكونَ نائِباً عَنِ الحاكِمِ، أو الواقِفِ، (أوْ ولَايةٍ) بأنْ كانَ قاضِياً.

وقَال الفَقِيهُ أبُو جَعفَر: إذَا كانَ الأَجْرُ كله للمَوقُوفِ عليه؛ يَصِح.

---

(١) في (أ): (ملك).
(٢) في (أ): (يقيد).
(٣) في (ج): (هذا).
(٤) في (أ): (يقسم) وفي (ج): (يسم)، والذي أثبتناه هو الصحيح.
(٥) الاختيار لتعليل المختار: ٤٧/٣.
(٦) عمدة الفتاوى، للصدر الشهيد، ذكر فيه أنه قسمه إلى قسمين، ووزعه على ثلاث وثلاثين باباً، أدرج فيه ما يعم وقوعه.
ينظر: كشف الظنون: ١١٦٩/٢.

(وَلَا يُعارُ)؛ أيْ: لا يُعْطَى الوَقْفُ عَارِيةً؛ لأنَّ فِي إعَارتِهِ إبْطالُ حَقِّ الفُقَرَاءِ، (وَلَا يُرْهَنُ)؛ لأنَّ فيهِ تَعْطِيلُ مَنَافِعِهِ، (وإنْ غُصِبَ عَقَارُهُ)؛ أيْ: عقارُ الوَقْفِ وَتعطَّلَ عنِ المَنْفعةِ؛ (يَخْتَارُ) للفتوى (وَجُوبَ الضَّمانِ)؛ أيْ: ضمان أجْرِ المِثْلِ واجبٌ على المُتْلِفِ وَالغَاصِبِ؛ نَظَراً للوَقْفِ، وَكَذا منَافِعُ مالِ اليَتِيمِ كما في العمادية[1].

(وَلَوْ شَرَطَ الوِلايَةَ لِنَفْسِهِ، وَكَانَ خَائِناً يُنْزَعُ مِنْهُ، وإنْ) ـ للوَصْلِ ـ (شَرَطَ) الواقِفُ (أنْ لا يُنْزَعَ)؛ لأنَّهُ شَرْطٌ مُخالِفٌ لِمُقْتَضَى الشَّرْعِ؛ فَيَبْطُل، وَبِهذَا عُلِمَ أنَّ قَولَهُم شَرْطُ الوَاقِفِ كنَصِّ الشَّارِعِ لَيْسَ على عُمُومِهِ، ولمَّا فَرغَ منَ العبادات؛ شَرَعَ فِي المُعامَلاتِ، وَقَدَّمَ البَيْعَ؛ لأنَّهُ أكثرُ وُقُوعاً][2] [٢٣٤/أ].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الإحكام: ١٣٩/٢.

(٢) من قوله: (ولا يؤجر) إلى قوله: (وقوعاً) سقط من: (ج).

كتاب البيوع

جَمْعُ بَيعٍ، بمعنى: مَبيع، كضرب الأمير، والمبيعات أصنافٌ مُختلفة، وأجناسٌ متفاوتة، وجُمِعَ المَصدرِ؛ لاختلافِ أنواعِهِ، وهذا الكِتابُ لِبيانِ أنواعِه لا لِحَقيقَتِهِ، [والبَيعُ كالشِّراءِ مِنَ الأضْدَادِ، إلّا أنَّهُ غُلِّبَ في إِخْراجِ المَبيعِ عَنِ المِلْكِ والشِّراءِ في إِخرَاجِ الثَّمَنِ عَنْهُ، وبِه خصَّ الابْتياعِ، ويَتَعدى البَيْعُ إلى المَفْعولِ الثاني بِنَفْسِه، وبِمَن يقال: باعَهُ إياهُ، وبَاعَهُ مِنْهُ[1]، وإنَمَا عُدِّيَ بِمَن حَمْلاً لَهُ على الشِّرَاءِ، كما عدِّي الرضاء بعلى حملاً له على السخطِ، وبِدخول كلمة: من بيد المشتري ظاهِراً كانَ أو ضَمِيراً، الضَّمِيرُ الثاني في بَاعَهُ إياهُ، أَمَا كِنايَةٌ عَنِ المُشْتَري؛ لِيَتوافَقَ كل وجهي التعدية عَنِ الإِضْمَارِ، وأمَّا عَن المَبِيع وِفَاقاً؛ لِمَا هو الغالِبُ في صُوَرِ الإظْهارِ، نحو: بِعْتُ زيداً داري.

وقَدْ تدخلُ (مِن) على المَفْعولِ الأولِ على وَجْهِ التَّأكِيدِ؛ فَيُقالُ: بِعْتُ مِنْ زَيدٍ الدارَ، ورُبّما دَخَلت اللامُ مَكان من، فيقالُ: بِعْتُ الشيءَ، وبِعْتُ لَكَ، فهي زائِدَةٌ][2].

(١) ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي: ص ١٩٣، والمغرب في ترتيب المعرب: (٩٦/١).

(٢) سقط من: (ب).

البَيعُ لُغةً: مبادلة مُطْلقاً؛ أي: سَواء كانتْ في مَالٍ أو غَيرهِ[(١)]. وشرعاً: [عَقْدٌ يتَضمَّنُ][(٢)] (مُبَادلَة مَالٍ) متقوَّم[(٣)] (بِمَالٍ) بِالتَّراضي مِن الجَانبين، هذا القيدُ مَذْكُورٌ في الكافي وغيره[(٤)]، وإنما أجْمَلهُ المُصَنِّفُ ليشمل ما ليس بالتراضي، كَبَيعِ المكره، فإِنَّهُ مُنْعَقِدٌ بطريقِ الفَسادِ.

(وَينْعَقِدُ) البَيْعُ[(٥)] العَقْدُ: رَبْطُ أجْزاء التصرف (بِإِيجَابٍ) مِمَنْ تكلم أولاً بَائِعاً كان أو مُشْتَرِياً، [وكمن إيجاباً؛ إذ به يجب الجواب على الآخر، ومنه بدأ ثبوت العقد][(٦)]، (وَقَبُول) وبيد من الآخر كذلك، [وظاهِر كلامِهِ يُشعر بأَنَّ الإيجابَ والقَبُولَ خارِجانِ عَنْ حَقيقَةِ [أ/٢٣٥] البَيعِ دالةٌ لهُ كما تَوهَّمهُ بَعْض، وقدْ أشَارَ في التَّوضِيحِ[(٧)] إلى أَنَّ البَيعَ هُوَ المَجموعُ المُرَكبِ مِنَ الإيجَابِ والقَبُولِ مَع المَعنى الشَّرْعي الذي يَكُونُ مِلْك المُشْتري أثراً لَهُ[(٨)]][(٩)]، وقدْ يَنْعَقِدُ لِمُجردِ الإيجابِ، كما إذا بَاعَ الأَبُ مِلْكَهُ مِن ابْنِهِ الصَّغيرِ (بِلَفْظ الْمَاضِي: كبِعْتُ وَاشتَرَيتُ)؛ لأنَّ البَيعَ إِنْشَاءُ تصرفٍ، وَالوَاضِعُ لَمْ يَضَع لهُ لفْظاً خاصاً، فاستُعْمِلَ اللفْظُ الذي وضعَ

---

(١) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: (٦٩/١).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) في (ب): زيادة [المال حين يجري فيه التنافس والابتذال، فيخرج التراب، وحبة حنطة، ونحوهما].

(٤) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: (٢٣/٣)، والعناية شرح الهداية: (٢٥٢/٦).

(٥) ينعقد البيع؛ لأن بإجازته يزول المعنى المفسد، وذلك موجب صحة البيع كالبيع بشرط أجل فاسد، أو خيار فاسد إذا أسقط من له الأجل. ينظر: المبسوط، للسرخسي: (٩٤/٢٤).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) التوضيح في حل غوامض التنقيح للمحبوبي. ينظر: كشف الظنون: (٤٩٨/١)، ومعجم المطبوعات: (٦٣٦/١).

(٨) ينظر: مختصر القدوري: ص٧٨، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: (٢٨٣/٥).

(٩) سقط من: (ب).

للإخبارِ عَنِ المَاضي، وَيستَدْعِي سَبْقُ المخبر بِه للإِنْشَاءِ؛ لِيكونَ الكلامُ صَحِيحاً، ولمْ يَنْعَقِد بالصيغِ الاسْتِقْباليةِ[١]؛ لأنَّها تكونُ عدة، وهذا لا يدلُّ على الوجودِ لا محالةَ، وأمّا الانْعِقادُ بقوله: أَخَذَهُ بِكَذا، فإنّما يَنْعَقِدُ بالاقْتِضَاءِ؛ إذْ ليسَ لهُ الأَمْرُ بِالأخْذِ بِكذا إلّا بِالبيعِ، فكأنَّهُ قالَ: بِعْتُكَ بِكذا فَخذهُ، كذا في الكافي[٢] والكفاية.

وقال الطحاوي[٣]: إذا قال: أبيع منك، أو أشتري منك، وأراد الحال؛ يصح البيع؛ وهو الصحيح[٤]؛ لأَنَّ صيغتهماً تحتمل الحال، (**وَمَا دلّ على مَعْنَاهُمَا**)؛ أي: بكل لفظ دل على معنى الإيجاب والقَبُول، أما في الإيجاب؛ فكقوله: [أعطيتك هذا بكذا، أو جعلت لك هذا بكذا، فإنَّه في معنى بعته، وأمّا في القَبُول؛ فكقوله: أجزت][٥]، أو أخذت، أو قَبلت، أو رضيت، [وما أشبه ذلك][٦]؛ لأَنَّه يدل على [معنى][٧] القَبُول [والرضا، والعبرة للمعاني، وكذا لو قال المشتري: اشتريت بكذا، فقال البائع: رضيت، أو أمضيت، أو أجزت، لما ذكرنا][٨]، (و) ينعقد [البيع][٩] أيضاً [(بالتعاطي)][١٠]، [وهو مبادلة المال بالمال من غير

---

(١) وهي كل حرف أو أداة دلت على الاستقبال، كسَوْفَ، ولَنْ، وأدوات الشرط. ينظر: كتاب الكليات: ص٧٨٨، والإنصاف في مسائل الخلاف بين النحويين البصريين والكوفيين: (٦٤٧/٢)، واللباب في علل البناء والإعراب: (٣٥٨/٢).

(٢) ينظر: البناية: (٥/٨).

(٣) ينظر: خليج البحار: ص١٥٣.

(٤) ينظر: العناية: (٢٥٠/٦).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) سقط من: (ب).

(٨) سقط من: (ب).

(٩) سقط من: (أ).

(١٠) مكرر في: (ب).

تكلم[١]، قال صاحب البدائع[٢]: البيع كما ينعقد بالقَبُول، وركنه الإيجاب بالفعل، والقَبُول كذلك ينعقد، وركنه التعاطي؛ لحصول المقصود؛ وهو التراضي، والتعاطي يدل عليه، ثم][٣] إن في البيع بالتعاطي لا بد من الإعطاء من الجانبين عند البعض، ويكفي من أحد الجانبين عند بعض آخر[٤]، قال ابن الهمام:

وهو الصحيح[٥]، (فِي النفيس) [هو ما قيمته نصاب السرقة][٦]، (والخسيس) لا في النفيس (وهُوَ الصَّحِيح) وللقول المذكور، (وَلَو قَالَ: خُذْهُ بِكَذَا، فَقَالَ: أخذت، أو رضيت؛ صَحَّ)؛ لأَنَّه في معنى: بعت واشتريت، والمعنى هو المعتبر في العقود الشرعية، (وَإِذا أوجب)؛ أي: أوقع الإيجاب (أَحدهمَا) من المتبايعين؛ (فللآخر) منهما (أَن يقبل كل الْمَبِيع بِكُل الثّمن فِي الْمجْلس)؛ أي: في مجلس الإيجاب، إنَّما قيد به؛ لأَنَّ خيار القَبُول مشروط بخيار المجلس[٧]، (أَو يتْرك) الآخر البيع؛ يعني: أن البائع إذا أوجب في شيء، فَقَبِل المشتري في بعض ذلك، أو أوجب المشتري في شيء، فَقَبِل البائع في بعضه؛ لم يخير؛ لأَنَّ فيه تفريق الصفقة واحد المتعاقدين لا يملك ذلك؛ لأَنَّ فيه ضرراً للمشتري أو البائع؛ لأَنَّ المبيع إن كان واحداً؛ لزم ضرر الشركة للمشتري، وإن كان متعدداً؛

(١) ينظر: معجم لغة الفقهاء: ص١٣٤.

(٢) ينظر: خليج البحار: ص١٥٧٨.

(٣) في (ب): (إعطاء المبيع والثمن من الجانبين بالإيجاب والقبول، وركنه: التعاطي؛ لحصول المقصود؛ وهو التراضي؛ والتعاطي يدل عليه، ثم إن البيع بالتعاطي لا بد من).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: (١٤٣/٥).

(٥) ينظر: فتح القدير: (٢٤٨/٦).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) هو أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس. ينظر: معجم لغة الفقهاء: ص٢٠٢.

فالعادة ضم الجيد إلى الرديء، ونقص ثمن الجيد لترويج الرديء[(١)].

فلو ثبت خيار قَبُوله العقد في البعض، قبل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء، فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه، وفيه ضرر له، وإذا لم يجز أخذ البعض بالبعض؛ فلأن لا يجوز أخذ الكل بالبعض أَولى، وإن تعددت الصفقة؛ فله ذلك؛ لانتفاء الضرر عن البائع (**لَا بَعْضاً دون بعض**) أن يرضى الآخر بذلك، (**إِلّا إِذا بَين**) الموجب (**ثمن كل**)؛ أي: كل واحد من المأخوذ والمتروك والاستثناء ومن المنفي قبله؛ يعني: أن عدم قَبُول البعض دون البعض إذا لم يُبيِّن ثمن كل واحد، فإن بيَّن ثمن كل واحد بأن قال: بعت هذا بدرهم، وذاك بدرهم، فله أن يقبل بعض المبيع؛ لأنَّه صفقتان[(٢)].

(**وَإِن رَجَعَ الْمُوجب**) عنه سواء كان بائعاً أو مشترياً (**أَو قَامَ أَحدهمَا عَن الْمجْلس قبل الْقَبُول؛ بَطل الْإِيجَاب**) السابق، فلا يبقى للآخر ولاية القَبُول بعده، لا حاجة إلى قوله: (عن المجلس)؛ لأَنَّ الإيجاب يبطل لمجرد القيام، وإن لم يذهب عن المجلس؛ لأَنَّ القيام دليل الإعراض، والدلالة تعمل عمل التصريح[(٣)].

(**وَإِذا وجد الْإِيجَاب وَالْقَبُول؛ لزم البيع بِلَا خِيَار مجْلِس**) أراد به غير خيار الرؤية[(٤)] والعيب[(٥)] بقرينة قوله: (مجلس)؛ لأنهما غير مقيدين.

---

(١) ينظر: المبسوط: (١٣/٥٤)، والهداية: (٣/٢٣).
(٢) ينظر: البناية: (٨/٩).
(٣) ينظر: العناية: (٦/٢٥٦).
(٤) هو أن يشتري شيئاً لم يره، فللمشتري الخيارُ إذا رآه، وهو غيرُ مؤقَّت بمدة. ينظر: التعريفات الفقهية: ص٩٠.
(٥) هو أن يجد بالمبيع عيباً ينقص الثمنَ فله الخيارُ، إن شاء يختار المبيع بكل الثمن أو يرده إلى البائع. ينظر: التعريفات الفقهية: ص٩٠.

[وقال الشافعي: لكل واحد منهماً خيار المجلس ما لم يتفرقا بَدَنا[(١)]؛ لقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا»[(٢)]، ولنا: إن في الفسخ إبطال حق الآخر، فلا يجوز[(٣)]، والمراد بالحديث: خيار القَبُول، والتفرق تفرق الأقوال][(٤)]، (وَيصِح) البيع (فِي الْعِوَض الْمشَار إِلَيْهِ) سواء كان ثمناً أو مبيعاً (بِلَا معرفَة قَدْره وَوَصفه)؛ لأَنَّ الإشارة أبلغ أسباب التعريف، وجهالة قَدْره ووصفه بعد ذلك ألا تُفضي إلى النزاع، فلا تمنع الجواز؛ لأَنَّ كلاً منهماً عوض عن الآخر[(٥)]، والحكم المذكور مشترك بينهما، ولذلك قال: (في العوض)، ولم يقل: في الثمن، والأموال الربوية مستثناة من هذا الحكم، فإن بيع الحنطة بجنسها لا يجوز بالإشارة (لَا فِي غَيره)؛ أي: لا يصح البيع في المشار إليه، فلا بد من معرفة قَدْره وصفته؛ لأَنَّ جهالتهماً تفضي إلى النزاع المانع عن التسليم والتسلّم، فيعرى العقد عن المقصود، وكل عقد يُفضي إليه يكون مفسداً.

(و) يصح البيع (بثمن حَال)، [شرع في ذكر الأحوال المختصة بكل من العوضين، وقَدَّم ما يتعلق بما هو الوسيلة][(٦)] (ومؤجل بِأَجل مَعْلُوم)، معناه: إذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما، قيد به؛ لأَنَّ جهالة الأجل تُفضي [إلى][(٧)] النزاع.

---

(١) ينظر: اللباب: ص٢١٦، والمجموع شرح المهذب: (١٨٦/٩).
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤/٣)، برقم: ٢١٠٩، باب: إذا لم يؤقت في الخيار، هل يجوز البيع؟! بلفظ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر».
(٣) ينظر: الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، للغزنوي: ص٧٣، والهداية: (٢٤/٣).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: الهداية: (٢٤/٣)، العناية: (٣٧٧/٨)، ومجمع الأنهر: (٨/٢).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) سقط من: (أ).

وفي الروضة[(١)]: لو مات البائع بعدما علم الأجل لا يبطل الأجل ولو مات المشتري؛ لأَنَّ فائدة التأجيل أن يُتَّجِرَ، فيؤدِّي الثَّمن من نَمَاءِ المال، فإذا مات من له الأجل تعين المتروك؛ لقضاء الدَّين، فلا يفيد التأجيل[(٢)]، (وَلَو اشْترى بِأَجل سَنَة) غير معينة، ولم يقبض المبيع، (فَمنع البَائِع البيع حَتَّى مَضَت) السَّنَة، (ثمَّ سَلَّم) البائع، (فَلهُ)؛ أي: للمشتري (أجل سَنَة أُخْرَى) بعد قبضه عند أبي حنيفة (خلافاً لَهما)، فإِنَّه عندهما: ليس له ذلك؛ لأَنَّ الأجل من وقت العقد، فتم ولا أجل له غيرها، فصار كما لو قال: إلى رمضان، وله: إن التأجيل لترقية المشتري بتأخير المطالبة عنه مطالبة قبل المبيع، فيُعتبر الأجل منه بخلاف التأجيل إلى رمضان؛ لأَنَّه معين[(٣)].

وقد جاء (وَإِن أطلق الثّمن) في البيع بأن ذكر القَدْر دون الصفة من جهة الجودة والرداءة، كما إذا قيل: بعته بعشرة دراهم، (فَإِن اسْتَوَت مَالِيَّة النُّقُود ورواجها؛ صَحَّ) البيع، فيعطى المشتري أيّ نوع شاء؛ لأَنَّ المعلوم بالعُرْف[(٤)] كالمعلوم بالنص، (ولزم ما قدّر من أيّ نوع كان)؛ لأَنَّه لا منازعة ولا اختلاف [٢٣٦/أ] في المالية، (وإن اختلفت) النقود (رواجاً، فمن الأروج) في البلد؛ لأَنَّه معلوم عُرفاً، فصار كالمعلوم، (وإن استوى رواجها لا ماليتها)؛ أي: قيمتها (فسد) البيع؛ للجهالة

---

(١) الروضة في فروع الحنفية، للإمام أبي العباس أحمد بن محمد الناطفي الحنفي ت٤٤٦هـ، وهي صغيرة الحجم، مثيرة الفائدة، وفيها فروع غريبة. ينظر: كشف الظنون: (٩٣١/١)، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (٨/٢).

(٢) ينظر: المبسوط: (٣٢/١٣)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: (١٤٦/٢)، الدر المختار: (٥٣٢/٤)، والبحر الرائق: (٢٦٧/١٢).

(٣) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: (١٩٠/١)، ودرر الحكام، للملا خسرو: (١٤٦/٢).

(٤) ينظر: خليج البحار: ص١٧٩.

المفضية إلى المنازعة (**ما لم يُبيِّن**)؛ أي: الثمن أنه من أي نوع، فإن بيّن صح؛ لارتفاع المفسد[١].

(**ويصحّ في الطعام**) المراد منه: الحنطة ودقيقها؛ لأنَّه إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء يقع عليهما عرفاً، (**وكل مكيل وموزون كيلاً**) في الكيلي (**ووزناً**) في الوزني، (**وكذا**) يصح بيع الكيلي والوزني (**جِزافاً**) - بكسر الجيم وضمها كخرافة بالضم -؛ أي: بطريق المجازفة[٢][٣]، ويأتي في البيع والشراء ما يكون بلا كيل ولا وزن، (**إن بيع**) كل واحد منهما (**بِغَيْر جنسه**)؛ لقوله ﷺ: «**إذا اختلف النوعان؛ فبيعوا كيف شئتم**»[٤]، بخلاف ما إذا باع بجنسه مجازفة أنه لا يصح؛ لاحتمال الربا، (**و**) يصح بيع الكيلي (**بإناء**) لا ينكبس بالكيس، (**أو**) الوزني بوزن (**حَجَر معِين لَا يُدْرَىٰ قَدْره**)؛ لأنَّه لما جاز بيعهما مجازفة فبإناء أو حَجَر معينين أولى، [و إنَّما خص الحَجَر بالذِّكر؛ لأنَّ المسألة فيما لا يحتمل الزيادة والنقصان، والحَجَر كذلك حتى لو باع بوزن هذه البطيخة أو هذا الطين؛ لم يجز؛ لاحتمال النقصان بالجفاف، ومن هذا عُلِمَ أنه يريد بالإناء إناءً لا يتسع عند الكيل ولا ينقص عند عدم، فإنَّه لا يجوز.

---

(١) ينظر: البحر الرائق: (٣٠٣/٥)، والنهر الفائق شرح كنز الدقائق: (٣٤٥/٣).

(٢) المجازفة في البيوع: هي البيع بلا كيل ولا وزن، يرجع إلى المساهلة، وبيع جزاف؛ أي: مجهول القدر. ينظر: تاج العروس: (٨٤/٢٣).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٥/٢).

(٤) هو جزء من حديث أخرجه مسلم في صحيحه (٤٤/٥) برقم ٤١٤٧، باب: الصرف، بلفظ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف؛ فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

وروي عن الحسن عن أبي حنيفة: عدم الجواز[١]، والأول أصحّ وأظهر][٢].

(وَمن بَاعَ صُبرة) شيء ما جمع من طعام بلا كيل ولا وزن، فلا حاجة إلى إضافتها إلى طعام، ومن أضافها أراد البيان (كل صَاع بدرهم؛ صَحَّ) البيع (فِي صَاع فَقَط) عند أبي حنيفة؛ لأَنَّ ما سمَّاه وهو القفيز الواحد معلوم القَدْر والثمن، فيجوز البيع فيه، وما رآه مجهول القَدْر والثمن؛ فلا يجوز فيه، وعندهما: يصح في الكل سُمي أو لم يُسم؛ لأَنَّ المبيع معلوم بالإشارة وجهالة الثمن بأيديهما؛ إذ إنها ومثلها غير مانع (إلّا أنْ يُسَمِّي جُمْلَتهَا)؛ أي: الصيعان في العقد، بأن قال: بعتك هذه الصبرة على أنها مئة صاع بمئة، فيصح؛ لارتفاع الجهالة، (وَلِلْمُشْتَرِي الْفَسْخ بِالْخِيَارِ)؛ لتفرق الصفقة عليه، ولا خيار للبائع؛ لأَنَّ الجهالة جاءت من قبله، (وإنْ) ـ وصلية ـ (كِيْلَ أَو سُمِّيَ جُمْلَتهَا فِي الْمجْلس بعد ذَلِك)؛ لأَنَّ الثمن كان مجهول المقدار في ابتداء بيع الصبرة، وكان يحتمل أن يكون الثمن في ظنّه أقل من الذي ظهر، فلما انكشف الحال بتسميته؛ ثبت الخيار[٣].

(وَمن بَاعَ قطيع غنم كل شَاة بدرهم؛ لَا يَصح) البيع (فِي شَيْء مِنْهَا) عند أبي حنيفة[٤]، (وَكَذَا) لا يصح البيع عند أبي حنيفة في شيء من الثوب، (لَو بَاعَ ثوباً) مشاراً إليه (كل ذِرَاع بدرهم)؛ لأَنَّه ينصرف إلى الواحد، والواحد منهما متفاوت، وقد نبه على ذلك بقوله: (وَكَذَا كل مَعْدُود متفاوت)، [وفيه بحث، وهو أن مبنى هذا التعليل على لزوم التفاوت في جانب الثوب مطلقاً، وليس كذلك، فإن من الثياب ما لا يتفاوت جودته، ولذا تمسك فيه بعضهم بلزوم الضرر بالقطع، وفيه أيضاً

(١) ينظر: العناية: (٦/٢٦٥)، والنهر الفائق: (٣/٣٤٧).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: العناية: (٦/٢٦٦)، والنهر الفائق: (٣/٣٤٧).
(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: (٢/٢٤٦).

كلام][1]، (وَعِنْدَهُمَا: يَصح) البيع (فِي الْكل)؛ أي: في كل المبيع (فِي جَمِيع ذَلِك)؛ أي: في هذه المسائل الثلاثة؛ لما ذكرنا أن رفع يد الجهالة بأيديهما[2].

(وَإِن بَاعَ صبرَة على أَنَّهَا مئَة قفيز بِمِئَة دِرْهَم) فكيلت الصبرة (فَوجدت أقل) من المئة (أَو أَكثر) منها، إن شاء (أَخذ الْمُشْتَرِي الْأَقَل بِحِصَّتِهِ) من الثمن لا الصيعان هي المعقود عليها، ونقصان بعضها لا يضر، فينقسم عليها الثمن، (أو) شاء (فسخ) البيع لتفرق الصفقة عليه؛ لأَنَّه إنَّما رضي بجملتها، فلما نقص يخير، (وَالزَّائِد) على مئة (للْبَائِع)؛ لأَنَّه مبيع إلّا مئة، فالزائد عليها غير معقود عليه، هذا إذا لم يختلف ظاهره وباطنه بالجودة والرداءة[3].

(وَفِي المذروع يَأْخُذ الْأَقَل بِكُل الثّمن أَو يفْسخ)؛ أي: لو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة، أو أرضاً على أنه مئة ذراع بمئة، فوجدها أقل؛ فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذها بكل الثمن، وإن شاء ترك، (وَالزَّائِد لَهُ)؛ أي: للمشتري، فيما إذا وجد المذروع أكثر من الذراع الذي سمّاه (بِلَا خِيَار للْبَائِع)[4].

لأن الذراع وصف في الثوب، ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض، والوصف لا يقابله شيء من الثمن، بخلاف الصاع في المكيل؛ فإِنَّه قَدْر؛ لأَنَّه عبارة عن الكمية المحضة، وليس المراد من الوصف ههنا ما يوجب القبح والحسن فيما قام به، [يفصح عن هذا قولهم: إن الوزن

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: الهداية: (٢٥/٣)، والبناية: (٢٢/٨).
(٣) ينظر: المصدران السابقان.
(٤) ينظر: درر الحكام: (١٤٨/٢).

فيما يضره التبعيض وصف، وفيما لا يضره قَدْر مع عدم الاختلاف في إيجاب الحسن في المحل، (وَإِن][1] سمّى لكل ذِرَاع قسطاً من الثّمن)، بأن قال: بعتك هذا الثوب على أنه مئة ذراع بمئة درهم، وقابل الأجزاء بالأجزاء بأن قال: كل ذراع بدرهم، فظهر أقل؛ (أَخذ الْأَقَل بِحِصَّتِهِ)، أو ترك؛ لأَنَّ الذراع وإن كان وصفاً إلّا أنه صار أصلاً بانفراده بالذِّكر ومقابلة الثمن به.

(وَكَذَا) يأخذ (الزَّائِد) بما قابله من الثمن، (وَله الْخِيَار فِي الْوَجْهَيْنِ)، إما في نقصان؛ فلتفرق الصفقة، وإمّا في الزيادة؛ فلما يلزمه من زيادة الثمن، وثبوت الخيار فيهما يدل على بقاء العقد الأول فيهما، (وَصَحَّ بيع عشرَة أَسْهم) وأقل وأكثر (من مئَة سهم من دَار) إجماعاً[2]؛ لأَنَّ السهم اسم للشائع الغير المعين، وكان صاحب عشرة أسهم شريكاً لصاحب الدار فيأخذها من أيِّ موضع كان من الدار، فلا يفضي إلى المنازعة (لَا بيع)؛ أي: لا يصح بيع (عشرَة أَذْرع من مئَة ذِرَاع مِنْهَا)؛ أي: من الدار عند أبي حنيفة.

(وَعِنْدَهُمَا: يَصح فيهمَا)؛ لأَنَّ عشرة أذرع من مئة ذراع عشرها، فصار كما لو اشترى عشرها، وله: إن الذراع استعير للمذروع، وهو موضع معين لكنه مجهول في أنه من أي موضع من الدار، فيفسد[3].

(وَلَو بَاعَ عِدلاً)[4] بالكسر (على أَنه عشرَة أَثوَاب) بعشرة دراهم أو أقل أو أكثر، (فَإِذا هُوَ أقلُّ أَو أَكثر؛ فسد البيع) في الصورتين؛ لجهالة

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر العناية: (٢٧٥/٢)، والبحر الرائق: (٣١٥/٥).
(٣) ينظر: الهداية: (٢٥/٣)، والبحر الرائق: (٣١٦/٥).
(٤) هو من يتَّصف بالعدالة. ينظر: التعريفات الفقهية: ص ١٤٤.

المبيع في الزيادات[١]؛ لأنَّه يحتاج أن يرد الثوب الزائد، فيتنازعان في المردود، والجهالة الثمن في فصل النقصان؛ لأنَّه يحتاج إلى أن يسقط حصته ثمن المعدوم، وهو مجهول، فيؤدي إلى النزاع، (وَلَو فَصَّل الثّمن) بأن قال: بعتك هذا العدل على أنه عشرة أثواب كل ثوب بكذا؛ (فَكَذَا) يفسد البيع (فِي الْأَكْثَر)؛ لأَنَّ العقد يتناول العشرة، فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول، (وَيصِحُّ فِي الْأَقَل بِحِصَّتِهِ)؛ لأَنَّ المبيع معلوم والثمن معلوم أيضاً، (وَيُخَيَّر المُشْتَرِي) إن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وإن شاء ترك؛ لأَنَّه ربما يكون الباقي رديئاً [أ/٢٣٧] والغائب جيداً؛ فيتضرر بتفريق الصفقة قبل التمام؛ فيخير دفعاً للضرر عنه[٢].

(وَإِن بَاعَ ثوباً على أَنَّه عشرَة أَذْرع كل ذِرَاع بدرهم أَخذه)؛ أي: الثوب (المُشْتَرِي بِعشْرَة لَو) كان الثوب (عشرَة وَنصفاً)؛ فيسلم له نصف ذراع مجاناً (بِلَا خِيَار)؛ لحصول النفع الخالص كما لو اشتراه معيباً، فوجدوه سليماً، (و) يأخذ الثوب (بتسعة لَو) كان الثوب (تِسْعَة وَنصفاً بِخِيَار)؛ لفوات الوصف.

(وَعند أبي يُوسُف: يُخَيّر فِي أَخذه بِأحد عشر فِي الأول)؛ وهو الزيادة بعشرة ونصف، (وبعشرة فِي الثَّانِي)؛ أي: في النقصان؛ لأَنَّه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على أنه ذراع بدرهم، فإذا وجده ناقصاً لا يسقط شيء من الثمن، ولكن يُخيَّر[٣].

(وَعند مُحَمَّد: يُخَيّر فِي أَخذه فِي الأول بِعشْرَة وَنصف)، وهو الزيادة بعشرة ونصف، (وَفِي الثَّانِي) وهو النقصان (بِتِسْعَة وَنصف)؛ لأَنَّ من

---

(١) ينظر: الهداية: (٢٦/٣)، والنهر الفائق: (٣٥٣/٣).
(٢) ينظر: درر الحكام: (١٤٧/٢)، والنهر الفائق: (٣٥٤/٣).
(٣) ينظر: درر الحكام: (١٤٨/٢)، والنهر الفائق: (٣٥٤/٣).

ضرورة مقابلة كل درهم بكل ذراع مقابلة نصف درهم بنصف ذراع[١].

❊ ❊ ❊

فصل
فيما يدخل في البيع تبعاً بغير تسمية

وما لا يدخل الأصل إن شمل ما يتناول اسم المبيع عُرفاً وكان متصلاً به اتصال قرار يدخل، وإلّا فلا يتفرَّع ذلك، قوله: (**يدْخل الْبناء والمفاتِيح**) بالياء التحتية وبدونها، جمع مفتاح، (**فِي بيع الدَّار بِلَا ذِكْر**)؛ لأَنَّ المفاتيح تبع للأبواب، والأبواب متصلة بالبناء للبقاء، والبناء متصل بالعرصة[٢] اتصال قرار، فصارت كجزئيتها فتدخل في البيع، [استحساناً لا قياساً][٣]؛ لعدم اتصاله بالبناء، أراد بها مفاتيح الأغلاق المتصلة بالباب؛ لأنها لو كانت منفصلة لا تدخل الأغلاق ومفاتيحها، (**وَكَذَا**) يدخل (**الشّجر فِي بيع الأَرْض**) بلا ذِكْر؛ لكونه متصلاً بها اتصال قرار، فيدخل تبعاً[٤].

(**وَلَو أطلق شِرَاء شَجَرَة**)؛ أي: لم يعين بأن شراها للقطع أو للقرار؛ (**دخل مَكَانهَا**) من الأرض (**عِنْد مُحَمَّد، وَهُوَ الْمُخْتَار**) للفتوى؛ لأَنَّ الشجر اسم للمستقر، ولا قرار بدون الأرض، فيدخل كما لو أقر بالشجرة لفلان يدخل مكانها، وهذا دخول بالضرورة، فيتقدَّر بقَدْرها، فقيل: بقَدْر ساقها، وقيل: بقَدْر ظلها عند الزوال، وقيل: بقَدْر عروقها العظام، قيد بإطلاق

---

(١) ينظر: الأصل المعروف بالمبسوط: (١٧٤/٥).
(٢) كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، والجمع العراص والعرصات: ينظر: الصحاح: (٤٥٨/١).
(٣) في (أ): (لا اتباعاً).
(٤) ينظر: الاختيار: (٦/٢)، والعناية: (٢٨٥/٦).

الشراء؛ لأَنَّه لو اشتراها للقطع لا يدخل مكانها اتفاقاً، وإن اشتراها للقرار يدخل اتفاقاً[(١)]، وفي الغاية[(٢)]: لفظ الشراء أهل الحجاز يمدونه، وأهل نجد يقصرونه (خلافاً لأبي يُوسُف)؛ لأن الأرض أصلاً، فلا تنقلب تبعاً[(٣)]. (وَلَا يدْخل الزَّرْع فِي بيع الأَرْض) بلا تسمية؛ لأَنَّه كالمتاع الموضوع؛ لأَنَّ الاتصال للزرع نهاية معلومة، وهو [ليس][(٤)] للقرار كالبناء، (وَلَا الثَّمر فِي بيع الشّجر)؛ لأَنَّ الاتصال وإن كان خَلْقيّاً؛ فهو للقطع لا للبقاء، فصار كالزرع (إلّا باشتراطه) دخوله في البيع، (وَإِن) الوصل يتصل بقوله: لا يدخل (ذكر الْحُقُوق) والمراد بها: ما يحتاج إليه المبيع والمرافق، بأن قال: بعت أو اشتريت الأرض بحقوقها، (و) مرافقها لا يدخلان؛ لأنهما ليسا منها، (المرافق): جمع مِرفَق ـ بكسر الميم وفتح الفاء[(٥)] ـ، وإذا لم يدخل في المبيع، (وَيُقَال للْبَائِع: اقلعه)؛ أي: الزرع، (واقطعها)؛ أي: الثمرة، (وَسلم الْمَبِيع) للمشتري لاشتغال مِلْكه بملك البائع، فعليه تفريقه لتسليمه سواء كان الزرع والثمر بحال لهما قيمة أو لا[(٦)].

وعند الشافعي: إن كان بحال لهما قيمة؛ يؤمر بالقطع وإلّا لا[(٧)]،

---

(١) ينظر: البحر الرائق: (٣١٨/٥)، والنهر الفائق: (٣٥٦/٣).

(٢) الغاية شرح الهداية وهو الشهير بغاية السروجي، أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني ت٧١٠هـ، ولم يكمل هذا الشرح بل وصل به إلى كتاب الأيمان، ثم كمل القاضي، سعد الدين محمد الديري، ت٨٦٧هـ، من كتاب (الأيمان)، إلى باب (المرتد)، في ست مجلدات. ينظر: كشف الظنون: (٢٠٢٢/٢).

(٣) ينظر: البحر الرائق: (٣١٨/٥)، والنهر الفائق: (٣٥٦/٣).

(٤) سقط من: (أ).

(٥) ينظر: طلبة الطلبة: ص٥٦.

(٦) ينظر: مختصر القدوري: ص٧٩، والنهر الفائق: (٣٥٩/٣).

(٧) ينظر: فتح العزيز بشرح الوجيز، لعبد الكريم بن محمد الرافعي: (٢١/٩)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري: (١٠١/٢).

(وَكَذَا لَا يدْخل حب بذر) في الأرض، (وَلم ينْبت بعد)؛ لأَنَّه مودع فيه كمتاع، (وَإِن نبت وَلم تصر لَهُ قيمَة) بعد (دخل) في المبيع، (وَقيل: لَا)، وصرّح في التجنيس[١]: بأن الصواب الدخول، كما نص عليه القدوري[٢][٣]، والإسبيجابي[٤]، (وَمن بَاعَ ثَمَرَة) على شجرة (بدا)؛ أي: ظهر (صَلَاحهَا)؛ لتناول الإنسان وعلف الدواب، (أَو لم يَبْدُ؛ صَحَّ) البيع على الأصح؛ لأنها مال متقوم حالاً ومالاً، (ويقطعها الْمُشْتَرِي للْحَال) تفريقاً لِملْك البائع، هذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع، (وَإِن شَرط المشتري (تَركهَا على الشَّجَرَة) حال البيع؛ (فسد) البيع[٥] (وَلَو بعد تناهي عِظَمها)؛ لأَنَّه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع للمشتري، (خلافاً لمُحَمد)؛ فإِنَّه استحسن صحة البيع في المتناهية للتعارف[٦].

وفي الأسرار[٧]: الفتوى على قول محمد، وفي التحفة[٨] الصحيح قولهما؛ لأَنَّ التعامل لم يكن بشرط الترك[٩]، (وَكَذَا) يفسد (شِرَاء الزَّرْع) بشرط الترك لما قلنا: إنه شرط لا يقتضيه العقد، (وَإِن تَركهَا)؛ أي: الثمرة

(١) ينظر: خليج البحار: ص٣٠١.
(٢) ينظر: خليج البحار: ص١٢٣.
(٣) ينظر: الجوهرة النيرة: (٢/٢١١).
(٤) هو أحمد بن منصور، أبو نصر الظفري الإسبيجابي، الفقيه الحنفي، المعروف بأحمدجي، كان أحد الأئمّة الكبار، شرح مختصر الطّحاوي، وتبحّر في حفظ المذهب في بلاده، ثمّ قدم سمرقند، فأجلسوه للفتوى، وتخرج به الأصحاب، وظهرت له الآثار الجميلة، ت٤٩٠هـ، ينظر: الجواهر المضية: (١/١٢٧)، والأعلام: (٤/٣٢٩).
(٥) ينظر: كنز الدقائق، لحافظ الدين النسفي: ص٤٠٩، وتبيين الحقائق: (٥/٢٨٣).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق: (٥/٢٨٣)، والعناية: (٦/٢٨٨).
(٧) ينظر: خليج البحار: ص١٣٢٤.
(٨) التحفة الشريفة في مذهب الحبر أبي حنيفة، للشيخ بدر الدين بن الحرانية ت٧٨٨هـ ينظر: كشف الظنون: (١/٣٦٨).
(٩) ينظر: الهداية: (٣/٢٧)، وتبيين الحقائق: (٥/٢٨٣).

التي لم تناه على الشجر (بِإِذن البَائِع بِلَا اشْتِرَاط) حالة العقد (طَابَ لَهُ الزِّيَادَة) إلى أصله في ذات الثمرة بالترك؛ لأنَّه استعارة الشجر، (وَإِن) كان المشتري (تَرك) الثمرة الغير المتناهية على الشجر (بِغَيْر إِذْنه)؛ أي: البائع، (تصدق) المشتري (بِمَا زَاد) بالترك (فِي ذَاتهَا) بأن تقوّم قبل الإدراك وبعده، فيتصدق بما بينهما؛ لحصوله بجهة محظورة، وهي غصب[1] الأرض والشجر.

(وإنْ) كان الترك على الشجر بغير إذن (بَعْدَ مَا تناهت) الثمرة[2] (لَا يتَصَدَّق بِشَيْء)؛ لأنَّ الثمر ما زاد من الشجر، بل تغير حاله بإنضاج الشمس، (وَإِن اسْتَأْجر) المشتري (الشّجر) لتركها عليها إلى وقت الإدراك وإن عيّن مدة (بطلت الْإِجَارَة)[3]؛ لأنَّ العرف لم يخبر باستئجار الشجر (وَطَابَتْ الزِّيَادَة) للمشتري؛ لبطلان العقد وبقاء الإذن، (وإنْ اسْتَأْجر) المشتري (الأَرْض لترك الزَّرْع؛ فَسدتْ) الإجارة؛ لجهالة المدة، (وَلَا تطيب الزِّيَادَة) الحاصلة في الثمرة بفساد الإذن بفساد الإجارة المتضمنة له، وفساد المتضمن يوجب فساد المتضمن، (وَلَو أثمرت) الشجرة (ثمراً آخر) بعد شراء الموجود (قبل الْقَبْض) بالتخلية (فسد البيع)؛ لتعذر التسليم بالاختلاط، [وعدم التمييز][4]، (وَلَو) أثمرت الشجرة ثمراً آخر (بعد الْقَبْض)؛ أي: قبض المبيع (يَشْتَرِكَانِ)؛ أي: البائع والمشتري في الثمر الموجودة والحادثة للاختلاط[5].

---

(١) الغصب: هو أخذ مال متقوّم محترم مملوك للغير بطريق التعدي. ينظر: الاختيار: (٥٦١/٢).

(٢) ينظر: النتف في الفتاوى: ص٤٨٣، والبحر الرائق: (٣٢٤/٥).

(٣) هي عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال، فتمليكُ المنافع بعوضٍ إجارةٌ وبغير عوضٍ إعارةٌ. ينظر: التعريفات الفقهية: ص١٦.

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: النتف: ص٤٨٣، والعناية: (٢٩٠/٦).

(وَالْقَوْل فِي قَدْر الْحَادِث للْمُشْتَرِي)؛ لأَنَّه ينكر الزيادة، والظاهر شاهد له؛ لكون المبيع في يده، (وَلَو بَاعَ ثَمَرَة، وَاسْتثنى) البائع (مِنْهَا أرطالاً)؛ أي: من الثمر المبيعة؛ أي: حال (مَعْلُومَة؛ صَحَّ) البيع والاستثناء؛ لأَنَّ الأصل أن ما يجوز العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد، كقفيز من صبرة.

(وَقيل: لَا وَيجوز)، رواية عن الحسن عن أبي حنيفة[١]، وهو قول مالك[٢]، ويجوز (بيع الْبر فِي سنبله)[٣] الجار والمجرور حال من البر (إن بيع بغير جنسه)، [وللشافعي فيه قولان[٤]][٥]: (وَكَذَا) يجوز بيع (الباقلاء) [بالتشديد مقصوراً وبالتخفيف ممدوداً، وهو الفول (فِي][٦] قِشْره) الأخضر[٧]، قال الشافعي: لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر[٨]، (والأرز) والعدس [أ/٢٣٨] (والسِّمْسِم، وَكَذَا) يجوز بيع (اللوز، والفستق، والجوز فِي قشرها الأول)، وعلى البائع تخليصها من القشر وتسليمها إلى المشتري، [وإنَّما قال: في قشرها الأول؛ ليعلم الحكم فيه إذا كان، فيقشرها الثاني بطريق الدلالة[٩]، ولو أطلق؛ لَتَبَادَرَ الوهم إلى

---

(١) ينظر: العناية: (٢٩١/٦)، والنهر الفائق: (٣٦٠/٣).
(٢) ينظر: النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ: (٥٠٩/٤).
(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٠٩، ودرر الحكام: (١٥٠/٢).
(٤) ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه: (١٨٥/٩) .
(٥) سقط من: (ب).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) ينظر المبسوط: (١٧٨/١٢).
(٨) ينظر: كفاية النبيه: (١٩٩/٩)، وجواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: (٥٣/١).
(٩) الدلالات عند الحنفية تنقسم باعتبار طريقة الوقوف على المراد منه إلى أربعة أقسام، وهي على الترتيب الآتي:
١ ـ عبارة النص: دلالة اللفظ على المعنى المتبادر منه أصالةً أو تبعاً. =

الثاني][1].

(وَأُجْرَة الْكَيْل، وعد الْمَبِيع، ووزنه، وزرعه على البَائِع) إذا باع بشرط الكيل والوزن والذراع والعد[2]؛ لأَنَّ تمام تسليم المبيع واجب عليه فيما يكون من تمامه يكون عليه، (وَأُجْرَة نقد الثّمن ووزنه على الْمُشْتَرِي)؛ لأَنَّ تسليم الثمن جيداً واجب عليه، وذا إِنَّما يُعرف بالنقد، فيلزمه أجرته.

(وَفِي بيع سلْعَة بِثمن) حال (سَلَّم) المشتري (هُوَ)؛ أي: الثمن درهماً كان أو ديناراً (أولاً)؛ لأَنَّ العقد يقتضي المساواة، وحق المشتري قد تعين في المبيع، فيسلم هو الثمن أولاً، وإن كان المبيع غائباً؛ فللمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع (إِن لم يكن) الثمن (مُؤَجّلاً، وَفِي بيع سلْعَة بسلعة أَو ثمن بِثمن سَلَّما مَعاً)؛ لاستوائهما في التعيين وعدمه، فتقديم أحدهما ترجيح بلا مرجح[3].

❖ ❖ ❖ ❖

= ٢ ـ إشارة النص: دلالة اللفظ على ما لم يوضع له اللفظ أصلاً ولا تبعاً، ولكنه معنى لازم للمعنى الذي وضع له اللفظ.
٣ ـ دلالة النص: دلالة اللفظ على ثبوت حكم النصوص عليه للسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم التي يفهم كل عارف باللغة أنها مناط الحكم، وتسمى أيضاً (لحن الخطاب) و(فحوى الخطاب). ويسميها الشافعي: مفهوم الموافقة من التأفيف الذي نصت على تحريمه الآية: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣].
٤ ـ دلالة الاقتضاء: دلالة اللفظ على مسكوت عنه لا يستقيم الكلام إلا بتقديره.
وإذا تعارضت هذه الدلالات قدمت على نحو هذا الترتيب، وعند الجمهور تنقسم الدلالات قسمين: منطوق ومفهوم. ينظر: أصول السرخسي: (٢٤١/١)، وكشف الأسرار: (٦٧/١) وما بعدها، والتلويح على التوضيح: (٢٤٨/١)، وإرشاد الفحول: (٣٧/٢).

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (١٣/٤)، والبناية: (٤٢/٨).
(٣) ينظر العناية: (٢٩٧/٦)، والبناية: (٤٥/٨).

باب الخيارات

وهو ثابت بالسُّنة على خلاف القياس، قال أهل الأصول: الموانع[١] خمس:

١ ـ مانع يمنع انعقاد العلة[٢]، وهو حرية المبيع، فلم ينعقد في الحر؛ لعدم المحل.

٢ ـ ومانع يمنع تمامها، كبيع مال الغير.

٣ ـ ومانع يمنع ابتداء الحكم[٣]، وهو خيار الشرط[٤].

٤ ـ ومانع يمنع تمامه كخيار رؤية[٥] المشتري.

٥ ـ ومانع يمنع لزومه كخيار العيب[٦] (صَحَّ خِيَار الشَّرْط) الإضافة

---

(١) المانع: هو ما يوجب انعدام الحكم عند وجود السبب، ينظر: معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة: ص٣١٥، ينظر: التعريفات الفقهية: ص١٤١.

(٢) العلة: هي اسم لكل صفة توجب أمراً ما إيجاباً ضرورياً والعلة لا تفارق المعلول البتة أو هي ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً مؤثراً فيه، وعلة الشيء: ما يتوقف عليه ذلك الشيء، وهي قسمان الأول: ما تقوم به الماهية من أجزائها، وتسمى علة الماهية، والثاني ما يتوقف عليه اتصاف الماهية المتقومة بأجزائها بالوجود الخارجي، وتسمى علة الوجود، ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، والتعريفات ص١٥٤.

(٣) ينظر: خليج البحار: ص١٤٣.

(٤) ينظر: خليج البحار: ص٦٤٥.

(٥) خيار الرؤية: هو أن يشتري ما لم يره، ويردّه بخياره. ينظر: التعريفات: ص١٠٢.

(٦) هو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب. ينظر: التعريفات ص١٠٢.

لامية من باب إضافة الحكم إلى السبب[١]، فإن ثبوت الخيار لأجل الشرط[٢]، ولو قال: صح شرط الخيار؛ لكان أولى؛ لأَنَّ الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نَفْس الخيار (لكل) واحد (من **الْعَاقِدين**)، ولغيرهما بإذنهما، كما سيجيء في المتن.

(**وَلَهُمَا**)؛ أي: العاقدين (**مَعاً**)، فلا يوجد البيع ما لم يرضيا (**ثَلَاثَة أَيَّام**) نصب على الظرف؛ أي: (**لَا**) يصح البيع باشتراط الخيار (**أَكثر**) من ثلاثة أيّام[٣]؛ لأَنَّ التقدير ورد بذلك (**إلّا إن أجَاز**)؛ أي: من له الخيار العقد إلى أكثر من ثلاثة أيّام، أو حدث ما يوجب لزوم البيع (**فِي الثَّلَاثَة**)؛ فيجوز البيع لزوال المفسد قبل تقرره هذا الخيار، كما ثبت عند البيع يثبت بعده أيضاً حتى لو مضى ثلاثة أيّام، ثم خيّر البائع المشتري ثلاثة أيّام؛ فله ذلك، ولو خيّر ولم يؤقت خصّ بالمجلس، كذا في النوازل[٤].

(**وَعِنْدَهُمَا: يجوز إنْ بَيَّنَ مُدَّة مَعْلُومَة أَيَّة مُدَّة كَانَت**)[٥] طالت أو قصرت قياساً على [الأصل][٦] [في الثمن، ولأن الخيار شرع للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن، وقد لا يحصل ذلك في ذلك، فيكون مفوضاً إلى رأيه، ومذهبهما منقول عن ابن عمر][٧]، قيد بقوله: (معلومة)؛ لأنها إذا كانت مجهولة، بأن قال: اشتريت على أني مخيّر أياماً، أو قال: مؤبداً؛ لا يجوز اتفاقاً[٨]، (**وَإِن اشْترى على**) شيئاً (**على أَنه إِن لم يَنْقد**) المشتري

---

(١) السبب: عبارةٌ عما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه، ينظر: التعريفات الفقهية: ص١١٠.

(٢) ينظر: خليج البحار: ص١٨٧.

(٣) ينظر: مختصر القدوري، ص٨٠، والنهر الفائق: (٣٦٤/٣).

(٤) النوازل في الفروع، للإمام أبي الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي، الحنفي، ت٣٧٦هـ، فرغ من إملائه يوم الجمعة، من جمادى الأولى، سنة ٣٧٦هـ. ينظر: كشف الظنون: (١٩٨١/٢).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق: (١٦/٤)، النهر الفائق: (٣٦٦/٣).

(٦) في (ب): (الأجل).

(٧) سقط من: (ب).

(٨) ينظر: تبيين الحقائق: (١٦/٤).

(الثّمن إِلَى ثَلَاثَة أَيَّام؛ فَلَا بيع) بينهما، (صَحَّ) البيع عندنا استحساناً خلافاً لزفر، وهو القياس، [لهما: إن ابن عمر رضي الله عنهما أجاز الخيار شهرين[١]، وله: ما روي أنه ﷺ قال لحيّان بن منقذ: «إذا بايعت؛ فقل: لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيّام»[٢]، فلا يجوز الزيادة عليها][٣]، (وَ) لو اشترى على أنه إن لم ينعقد الثمن (إِلَى أَرْبَعَة أَيَّام) أو أكثر لا؛ أي: (لَا) يصح البيع عند الشيخين (إِلّا أَن ينْقد فِي الثَّلَاثَة).

(وَعند مُحَمَّد: يجوز إِلَى أَرْبَعَة) أيّام (وَأَكْثر)[٤] منها كخيار الشرط [ترك التفريع ههنا وأصاب، وكذا فيما سبق؛ لأَنَّ اشتراك المسألتين في العلة إنَّما تصح ذكر إحديهما عقيب الأخرى، لا تفريع إحديهما على الأخرى][٥].

(وَخيَار البَائِع يمْنَع خُرُوج الْمَبِيع عَن مِلْكه)؛ لأَنَّ تمام سبب المِلْك بالمراضاة، فلا يتم مع الخيار، فينفذ عتق البائع، ولا يملك المشتري التصرف فيه، وإن قبضه بإذن البائع، (فَإِن قَبضه الْمُشْتَرِي) بإذنه، (فَهَلَك) في يده في مدة الخيار؛ (لزمَه قِيمَته)؛ لأَنَّ البيع كان موقوفاً، فانفسخ بالهلاك؛ لعدم إمكان النفاذ بدون المحل، فاعتبر مقبوضاً على سوم الشراء، (وَخيَار الْمُشْتَرِي لَا يمْنَع) خروج المبيع عن مِلْك البائع؛ للزوم البيع في جانبه بانتفاء الخيار، ويمنع خروج الثمن من مِلْك المشتري، (فَإِن هلك) المبيع (فِي يَده)؛ أي: المشتري؛ (لزم الثّمن)[٦].

(وَكَذَا) لزم الثمن (لَو تعيب) بعيب لا يرتفع ألبتة، كما إذا قطعت يده، أما إذا كان عيباً يجوز ارتفاعه كالمرض فهو بالخيار إذا زال المرض في الأيام الثلاثة، وأما إذا مضت الثلاثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر

---

(١) ينظر: المبسوط: (١٧/١٣)، والنهر الفائق: (٣٦٤/٣).

(٢) رواه البخاري بلفظ: «إذا بايعت؛ فقل: لا خلابة»، باب: ما يكره في البيع برقم: ٢١١٧، (٦٥/٣).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) ينظر: المبسوط: (١٧/١٣)، والنهر الفائق: (٣٦٤/٣).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٠، والعناية: (٣٢٩/٦).

الرد، وكذا في الإيضاح[(١)]، (إلّا أنه)؛ أي: المبيع إذا خرج من مِلْك البائع فيما إذا شرط الخيار للمشتري؛ (لَا يدْخل فِي ملك الْمُشْتَرِي) عند أبي حنيفة، (خلافاً لَهما)، فإنَّه يدخل عندهما؛ لأنَّه لو خرج عن مِلْك البائع ولم يدخل في مِلْك المشتري لزم أن يبقى مملوكاً بلا مالك، وهو غير معهود في الشرع، إذا لم يكن الشراء من مال الوقف[(٢)]، وله: إن الثمن لم يخرج عن مِلْكه، ولو دخل في مِلْكه لدخل بلا عوض، واجتمع في مِلْك شخص واحد العوض والمعوض، ولا عهد لنا به في الشرع[(٣)].

وثمرة الخلاف: تظهر في المسائل المذكورة بقوله: (فَلَو اشْترى زَوجته بِالْخِيَارِ لَا يفْسد النِّكَاح) عنده؛ لأنَّه لم يملكها، ويفسد عندهما؛ [لأنه ملكها][(٤)]، (وَإِن وَطئهَا) المشتري في أيّام الخيار، (فَلهُ ردهَا) عنده بالخيار؛ (لِأَنَّهُ)؛ أي: الوطء (بِالنِّكَاح) لا يملك اليمين، فلا يكون إجازة خلافاً لهما هذا إذا كانت ثيّباً[(٥)]، فإن كانت بكراً امتنع الرد عنده أيضاً للنقصان، أشار إليه بقوله: (إلّا فِي الْبكر) فإنها لا ترد اتفاقاً؛ لأنَّ الوطء ينقضها عنده، وعندهما للوطء يملك اليمين، (وَلَو ولدت فِي مدَّته)؛ أي: الخيار، (لَا تصير أم وَلَده)؛ أي: الزوج المشتري، عند أبي حنيفة ما لم يتم البيع، خلافاً لهما، وهذا الخلاف إذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع، وإن قبضها المشتري، فولدت له في مدة الخيار لزم البيع بالإجماع[(٦)]؛ لأنها تتعيّب بالولادة، فلا يملك ردها بعد التعييب في يده، (وَلَو اشْترى قَرِيبه بِهِ) أراد به ذا رحم محرم منه، (أَو) اشترى (عبداً بعد

---

(١) الإيضاح في الفروع، للإمام أبي الفضل عبد الرحمٰن بن محمد بن أميرويه الكرماني الحنفي، انتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي بخراسان، توفي سنة (٥٤٣هـ). ينظر: الجواهر المضية: (٣٠٤/١)، وهدية العارفين: (٥١٩/١).

(٢) ينظر: الهداية: (٣٠/٣)، والبحر الرائق: (١٤/٦).

(٣) ينظر: العناية: (٣٠٧/٦).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: المبسوط: (٦٦/١٣)، والنهر الفائق: (٣٧٢/٣).

(٦) ينظر: تبيين الحقائق: (١٧/٤).

قَوْله: إن ملكت) عبداً بخلاف ما إذا قال: إن اشتريته؛ لأَنَّه يصير كالمستثني للعتق؛ فهو حر، فاشتراه بالخيار لا يعتقان في مدته؛ لعدم دخولهما في مِلْكه خلافاً لهما(١).

ولا (يُعدّ حيض الْمُشْتَرَاة بِهِ)؛ أي: بالخيار (فِي مدَّته)؛ أي: الخيار (من الِاسْتِبْرَاء)؛ أي: إن اشترى أمته بالخيار، فحاضت في أيّام الخيار، فهذه الحيضة لا تُعدّ من الاستبراء عند أبي حنيفة، فإن الاستبراء إنَّما يجب بعد ثبوت المِلْك، ولم يثبت وتُعدّ عندهما، (وَلَا اسْتِبْرَاء على [أ/٢٣٩] البَائِع) وإن خرجت عن مِلْكه، (إن ردّت) عليه (بِهِ)؛ أي: بخيار الشرط سواء كان الرد قبل القبض [أو بعده عنده؛ لأَنَّه إنَّما يجب بتجدد المِلْك ولم يوجد حيث لم يكن في ملك غيره، فكأنه لم يزل ملك البائع، وعندهما: إن كان الردُّ قبل القبض](٢) لا يجب استحساناً، ويجب قياساً لتجدد المِلْك، وإن كان بعده يجب قياساً واستحساناً.

(وَلَو قبض الْمُشْتَرِي بِهِ)؛ أي: بالخيار (الْمَبِيع بِإِذن البَائِع) ليتم القبض بالرد إلى بائعه، (ثمّ أودعهُ عِنْده، فَهَلَك) [في يده](٣)؛ (فَهُوَ على البَائِع)، [ولا يلزم على المشتري شيء؛](٤) (لارْتِفَاع الْقَبْض بِالرَّدِّ) [لأن المشتري لم يملكهُ يصح، بل رده إلى البائع يكون وفقاً للقبض، فيكون الهلاك قبل القبض، فيكون على البائع](٥)؛ لعدم (الْمِلْك) عنده، وعندهما: صحت الوديعة لدخولهِ في مِلْكهِ، فهلاكه في يدهِ؛ لهلاكه في يد المودع(٦).

(وَلَو اشْترى) بالعبد (الْمَأْذُون(٧) شَيْئاً بِهِ)؛ أي: بالخيار، (فَأَبْرَأَهُ بَائِعه عَن ثمنه؛ يبْقى خِيَاره)؛ لأَنَّه لما لم يملكه بسبب الخيار كان ردهُ

---

(١) ينظر: البناية: (٨/٦٠) والبحر الرائق: (٤/٣٨٣).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: الهداية: (٣/٣١)، والعناية: (٦/٣١١).
(٧) هو العبد المأذون له بالتجارة. ينظر: القاموس الفقهي: ص١٨.

ببقاء الخيار [استثناءً][(١)] عن التملك للمأذونِ ولاية في ذلك، فإنَّه إذا وهب له شيء؛ فله ولاية ألّا يَقْبَلَهُ، **(وَله الرَّد)** بالخيار؛ **(لِأَنَّهُ يَلِي عدم التَّمَلُّك)** وعندهما يبطل؛ لأَنَّه مِلكهُ، ففي الرد يملكُ بغير عوض، فلا يملكه المأذون، فصح الإبراء استحساناً، وإن لم يدخل الثمن في مِلْكه، لوجود العقد، وهو سبب المِلْك.

(وَلَو اشْترى ذمِّي من ذمِّي خمراً به)؛ أي: بالخيار، **(فأسلم)** المشتري **(في مدته؛ بطل شراؤهُ؛ كي لا يتملكها مسلماً بالإجازةِ)**، وإن كان الخيار للبائع، وأسلم؛ يبطل البيع بالإجماعِ **(خلافاً لهما في الجميع)**، الأدلة من الجانبين مذكورة في الهداية[(٢)].

(ومن له الخيار) بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً أو بائعاً ومشترياً **(يُجيزُ بحضرةِ صاحبهِ وغيبتهِ)** بأن يقول: أجزتهُ أو أخترتهُ أو نحوه، **(ولا يفْسخ إلّا بِحَضْرَتِهِ)**؛ أي: بعلمهِ، **(خلافاً لأبي يُوسُف)** [والشافعي[(٣)]، هذا إذا كان الفسخ بالقول، أما إذا كان بالفعل كالإعتاق والبيع والوطء؛ فيجوز بلا علم بالإنفاق][(٤)]، **(فإنْ فسخ)** البيع من له الخيار، **(وَعلم)** صاحبه **(بِهِ فِي الْمدَّة انْفَسَخ)**؛ لأَنَّ الشرطَ عِلْمهُ لا حضرتهُ، والآدميُّ **(وإلّا)** وإن لم يعلم في المدةِ به، ومضت؛ **(تمّ العقد)** لوجود الرضى دلالة لم يتم الفسخُ، **(وَيتم العقد)** الذي شرط فيه الخيار **(أَيْضاً بِمَوْت من لَهُ الْخِيَار)**، فلا ينتقل إلى ورثتِهِ[(٥)].

وقال الشافعي: يورث عنه؛ لأَنَّه حقٌّ من حقوق البيع كخيار العيب والتعيين[(٦)]، ولنا: إن خيار الشرط ليس إلّا مشيئة إرادة، فلا يتصور انتقالهُ، والإرث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب؛ لأَنَّ المورث

---

(١) في (ب): (امتناعاً).
(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي: (٣١/٣).
(٣) ينظر: المجموع: (١٦٣/١٢)، والنجم الوهاج: (١١٣/٤).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: البحر الرائق: (٤٢/١٣)، والنهر الفائق: (٣٧٤/٣).
(٦) ينظر: المجموع: (٢١١/٩)، وتحفة المحتاج: (٣٤٣/٤).

استحق المبيع سليماً، وكذا الوارث، أما نفس الخيار؛ فلا يورث، وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء؛ لاختلاط مِلْكه بمِلْك الغير.

(وكذا) يتم العقد أيضاً (بمضي الْمدَّة وبالأخذ بشفعة بِسَبَب الْمَبِيع)؛ يعني: من اشترى داراً على أنه بالخيار، فبيعت دارٌ بجنبها، فأخذها بالشفعةِ؛ فهو رضاءٌ؛ لأنَّ طلب الشفعة دليل اختيارهِ التملك فيها؛ [لأن ثبوتهُ لدفع ضرر الدخيل، وهو بالاستدانة، فيضمن بسقوط الخيار سابقاً عليه، فثبت المِلْك من وقت الشراءِ بالاستثناء][1]، (وَبِكُل مَا يدل على الرضى)[2]، من قبيل عطف العام[3] على الخاص[4] (كالركوب) لدابة (لغير الاختبار) فإن ركوبها لهُ لا يكون رضاً كما لو ركبها ليردها، أو ليسقيها، أو ليشتري بها علفاً؛ فهو على خيارهِ، (وَالْوَطْء) للأمةِ (وَالْإِعْتَاق) لها أو للعبد (وتوابعه)؛ أي: الإعتاق من التدبير والكتابة.

(وَلَو شَرط الْمُشْتَرِي الْخِيَار لغيره)؛ أي: لغير العاقد (جَازَ)[5] والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر[6]؛ لأنَّه موجب العقد، فلا يجوز اشتراط لغير العاقد كالثمن، وجه الاستحسان: أنه يثبت لهُ ابتداءً، ثم للغير نيابةً تصحيحاً لتصرفهِ، (وَأيهمَا أجَاز البيع) من الأصل والنائبِ (أَو فسخ؛ صَحَّ) كل واحد من الإجازة والفسخ، (وَإِن أجَاز) واحدٌ (وَفسخ الآخر اعْتبر السَّابِق)؛ لوجودهِ في زمانٍ لا يزاحمهُ غيرهُ فيهِ، (وَإِن كَانَا)؛ أي: الفسخ والإجازة (مَعاً)؛ أي: في وقتٍ واحدٍ؛ (فالفسخ) أولى من الإجازة من أيهما كان؛ لأنَّ الخيار شرع للفسخ، فهو تصرف فيما شرع لأجلهِ، فكان أولى.

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: درر الحكام: (١٥٩/٢)، والعناية: (٣١٧/٦).
(٣) العام: هو اللفظ الذي يستغرق جميع ما يصلح له بحسب وضع واحد. ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: (٣٣/١).
(٤) الخاص: هو كل لفظ وضع لمعنى واحد على الانفراد. ينظر: الأسرار (٣٠/١).
(٥) ينظر: كنز الدقائق: ص٤١٢، والنهر الفائق: (٣٧٥/٣).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق: (١٩/٤)، والنهر الفائق: (٣٧٥/٣).

(وَلَو بَاعَ عَبْدَيْنِ) على أن أحد العاقدين (بِالْخِيَارِ فِي أحدهمَا) ثلاثة أيّام، (فإنْ عينه)؛ أي: العبد الذي فيه الخيار، (وَفصل ثمن كل) واحدٍ منهما؛ (صَحَّ) البيع[١]؛ لأنَّ المبيع معلوم والثمن أيضاً إلّا أنه تعلق القَبُول في الذي لا خيار فيه بقول الآخر، ولكنه شرط صحيح؛ لأنَّ الذي فيه الخيار داخل في العقد، وإن لم يدخل في الحكم، وإذا دخل صار قَبُوله شرطاً صحيحاً، (وإلّا)، [أي: وإن لم يعين ولم يفصل أو فصل ولم يعين أو عين ولم يفصل، (فَلَا)][٢]؛ أي: لا يصح في هذه الصور الثلاثة:

[وأما][٣] الأولى: فلجهالة المبيع [والثمن، وأما الثانية: فلجهالة المبيع][٤]، وأمّا الثالثة: فلجهالة الثمن[٥].

(وَيجوز خِيَار التَّعْيِين، وَهُوَ بيع أحد الشَّيْئَيْنِ أَو ثَلَاثَة) ثلاثة أشياء (على أَن يَأْخُذ الْمُشْتَرِي أياً شَاءَ)، من الاثنين أو الثلاثة، (وَلَا يجوز فِي أَكثر من ثَلَاثَة)؛ أي: لا يجوز في الأربعة؛ لأَنَّ الرخصة على خلاف القياس لمكان الحاجة، وهي تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والرديء والمتوسط، (ويتقيد تخييره بِمدَّة خِيَار الشَّرْط على الِاخْتِلَاف)، قال الزيلعي[٦]: إذا لم يذكر خيار الشرط، فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فيما دونها عند أبي حنيفة، وبمدةٍ معلومة أيتها كانت عندهما[٧].

(وَالْمَبِيع وَاحِد وَالْبَاقِي) واحداً كان أو اثنين (أَمَانَة)؛ لأَنَّه مقبوضٌ بإذن المالك، (فَلَو قبض الْكل) المشتري، (فَهَلَك) في يدهِ (وَاحِد أَو تعيب لزم البيع فِيهِ)؛ أي: الهالك أو المتعيب بالثمن لامتناع الرد؛ بسبب العيب

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٤١٣، والنهر الفائق: (٣٧٥/٣).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) في (أ): (لأن).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) ينظر: البحر الرائق: (٥٤/١٣)، والنهر الفائق: (٣٧٦/٣).
(٦) ينظر: خليج البحار: ص٢١٤.
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: (٢١/٤)، والعناية: (٣٢٦/٦).

الذي حدث فيه عنده، (وَتعين الْبَاقِي للأمانة، وَإِن هلك الْكل) والقيمة متفاوتة (لزمَه نصف ثمن كل) في الاثنين، (أَو ثلثه) في الثلاثة؛ لشيوع المبيع والأمانةِ مع عدم الأولوية، (وَلَيْسَ لَهُ)؛ أي: للمشتري [بخيار التعيين][1] (رد الْكل) [للزوم البيع في واحد][2] (إِلَّا إِن ضم إِلَيْهِ خِيَار الشَّرْط)؛ [فله الرد إذا ضمه][3] بخيار التعيين ما لم يَسْقُطْ بِمُسْقِط، (وَيُورث خِيَار التَّعْيِين)[4]؛ لأَنَّ الوارث كان مخصوصاً بتعيينِ مِلْك المخلوط برضا البائع، فكذا وارثه حيث انتقل المِلْك إليه مخلوطاً بمِلْك البائع، (وَ)خيار (الْعَيْب)؛ لأَنَّ المورث استحق المبيع غير معيب، فكذا الوارث فله الرد، إن كان معيباً (لَا) يورث خيار (الشَّرْط)؛ [بمعنى: أن هذا العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته، فإذا كان الخيار للبائع ومات، مَلَك المشتري المبيع، ولا ينازعه وارث البائع، وإذا كان للمشتري ومات، مَلَك وارث المشتري بلا خيار][5]، (و)لا يورث أيضاً (الرؤية)؛ لأنهما يثبتان للعاقد بنص الحديث، والوارث [أ/٢٤٠] ليس بعاقد، [حتى إن المشتري لو مات قبل الرؤية؛ فليس لورثته الرد بعدها كما كان له][6].

(وَلَو اشتريا)؛ أي: الرَّجلان شيئاً (على أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ فَرضِي أَحدهمَا) بالبيع؛ (لَا يرد الآخر) عند أبي حنيفة (خلافاً لَهما، وعَلى هَذَا)[7] الخلاف (خِيَار الْعَيْب والرؤية)، لهما: إن إثبات الخيار لهما يستلزم إثباته لكل واحد منها؛ لأَنَّه شرع لدفع الغبن[8]، وكل واحد منهما

(١) سقط من: (أ).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) ينظر: العناية: (٣٢٨/٦).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: (٢٣/٤)، والبحر الرائق: (٢٥/٦).
(٨) الغبن: هو الخديعة في البيع والشراء، واليسيرُ منه ما يُقَوِّم به مُقوِّم، والفاحشُ منه=

محتاج إلى دفعة عن نَفْسه، فلو بطل هذا بإبطال الآخر خياره، فلم يحصل مقصوده ويلحق به ضرر، وله: إن المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منها على الانفراد، فلا ينفرد أحدهما بالرد؛ لأَنَّ حق الرد ثبت لهما على وجه لا [يتضرر][1] به البائع، وفي رد أحدهما نصيبه إضرار بالبائع؛ إذ المبيع خرج عن مِلْكه غير معيب بعيب الشركة، فلو ردّه أحدهما لرده معيباً بها؛ إذ هي عيب في الأعيان، (وَلَو اشْترى عبداً على أنَّه خباز أَو كَاتب، فَظهر بِخِلَافِهِ)؛ فللمشتري الخيار إن شاء (أَخذه بِكُل الثّمن)؛ إذ الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، (أَو ترك)[2] المبيع أو المشتري ما رضي به بغير [ذلك][3] الوصف المرغوب [فيه][4].

❊ ❊ ❊

فصل
في خيار الرؤية

(من اشْترى مَا لم يره) وهو في مِلْك البائع؛ (جَازَ) البيع، (وَله)؛ أي: للمشتري (رده إِذا رَآهُ)؛ لقوله: «من اشترى ما لم يره؛ فله الخيار إذا رآه»[5] ما لم يوجد من المشتري (مَا يُبطلهُ)؛ أي: خيار الرؤية، (وَإِن) - وصلية - (رَضِي؛ قَبْلهَا)؛ أي: قبل الرؤية، فلو رضي قبلها له؛

= ما لا يخل تحت تَقْويم المقوّمين، وقيل: ما لا يتغابن الناس فيه. ينظر: التعريفات الفقهية: ص١٥٦.

(١) في (أ): (يتصور).

(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٠، والبحر الرائق: (٦/٢٥).

(٣) في (ب): (تلك).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) أخرجه الدارقطني، من حديث أبي هريرة ﷺ، (٣/٣٨٣)، برقم (٢٨٠٥)، كتاب: البيوع، وهو حديث ضعيف؛ لأن في سنده عمر بن إبراهيم الكُرْدِيُّ، وقال عنه الدارقطني يضع الأحاديث. ينظر: التلخيص الحبير: (٣/١٤).

أي: يرد المبيع إذا رآه؛ لأَنَّ ثبوته إنَّما هو عند الرؤية بمقتضى الحديث، والإسقاط[1] قبل الثبوت لغو، (وَلَا خِيَار لمن بَاعَ مَا لم يره)[2]؛ يعني: لا خيار لمن مَلَك شيئاً، فباعه قبل الرؤية، كما إذا ورثه؛ لما رُوي: «أن عثمان ﷺ باع بالبصرة من طلحة[3]، فقيل له: غبت، فقال: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره، فحكم جبير بن مطعم[4] في ذلك فقضى لطلحة»[5] وكان ذلك بمحضر من الصحابة؛ ولأن خيار الرؤية مُتعلِّق برؤية المشتري.

(وَيُبْطِلُ خِيَار الرُّؤْيَة ما يُبْطِلُ خيار الشرط) من صريح[6] ودلالة (من تعيب)؛ أي: كون المبيع معيوباً (في يده)؛ أي: المشتري بعيب لا يرتفع كقطع اليد؛ لامتناع الرد معيباً بعد قبضه سليماً، فلو مرض وزال يرد، (وتعذر رد بعضه) بالهلاك أو الاستهلاك، (وَتَصَرُّف لَا يفْسخ كالإعتاق

---

(١) الإسقاط عند الفقهاء: هو إزالة الملك، أو الحق، لا إلى مالك ولا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به. ينظر: الاختيار: ١٢١/٣.

(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٨١، والنهر الفائق: (٣٨١/٣).

(٣) هو طلحة بن مصرف بن كعب بن عمرو بن جحدب، أبو محمد، الهمداني، اليامي، الكوفي، أقرأ أهل الكوفة في عصره، كان يسمى ـ سيد القراء ـ وهو من رجال الحديث الثقات، (ت ١١٢هـ). ينظر: تهذيب التهذيب: (٢٦/٥)، وحلية الأولياء: (١٤/٥)، والأعلام: (٢٣٠/٣).

(٤) جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف بن قصي القرشي النوفلي يكنى أبا محمد، صحابي جليل كان من حلماء قريش وسادتهم، وكان يؤخذ عنه النسب لقريش، وللعرب قاطبة، وكان يقول: أخذت النسب عن أبي بكر الصديق ﷺ، وكان له عند رسول الله ﷺ يد، (٥٩هـ). ينظر: أسد الغابة، لأبي الحسن علي بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري المعروف بـابن الأثير، ت٦٣٠هـ، (٣٩٧/١)، والأعلام: (١١٢/٢).

(٥) أورده الطحاوي في شرح معاني الآثار. ينظر: (١٠/٤) برقم (٥٥٠٧)، وعزاه في التلخيص إلى البيهقي وقال: حديث ضعيف. ينظر: (١٤/٣) وكشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: (٢٣٢/٢).

(٦) هو ما ظهر مرادُه بيِّناً كقوله: أنت حرٌّ، أو هو اسم لكلام مكشوف المراد بسبب كثرة استعماله حقيقة كان أو مجازاً. ينظر: التعريفات الفقهية: ص١٢٨.

وتوابعه) من التدبير والاستيلاء؛ لأنَّه لما تعذر الفسخ؛ بطل الخيار ضرورة، (أَو يُوجب حَقاً للْغَيْر)[١]؛ أي: غير المشتري (كَالْبيع الْمُطلق) عن شرط الخيار للبائع؛ لأَنَّه لا يخرج به عن مِلْكه، (وَالرَّهْن وَالْإِجَارَة) والهبة مع التسليم (قبل الرُّؤْيَة وَبعدهَا) متعلق يبطل لغير الفسخ شرعاً، فيبطل الخيار، والقول بإبطال خيار الرؤية قبلها بطريق التجوز، كيف والإبطال إنَّما هو بعد الثبوت؟

(وَمَا)؛ أي: تصرف (لَا يُوجب حَقاً للْغَيْر كَالْبيع بِالْخِيَارِ) من البائع (والمساومة)[٢]؛ أي: عرض المبيع على البيع، (وَالْهِبَة[٣] بِلَا تَسْلِيم يبطل) الخيار (بعْدهَا)؛ أي: الرؤية [والظرف][٤] (لَا قبلهَا)؛ لأَنَّ هذه التصرفات لا تزيد على صريح الرضا، وهو إنَّما يبطله بعد الرؤية[٥]، (وكفت رُؤْيَة وَجه الرَّقِيق)؛ لأَنَّ الوجه في الآدمي هو المقصود، ألا يرى أن الثمن يزداد وينقص بالوجه، وإنَّما ذكر الرقيق ليشمل العبد والجارية، (وَ)كفت رؤية وجه (الدَّابَّة) فرساً أو إبلاً أو بغلاً وكفليها معاً؛ لأنهما المقصودان فيها، وشرط بعضهم: رؤية القوائم في دواب الركوب، وفي شاة اللحم لا بد من الحسن؛ لأَنَّ المقصود وهو اللحم يعرف به.

وفي (شَاة الْقنية)[٦]؛ أي: اللبن، (لَا بُد من رُؤْيَة الضَّرع)[٧]، فإِنَّه

---

(١) ينظر: درر الحكام: (٢/١٥٥)، والنهر الفائق: (٣/٣٨٢).

(٢) هي المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها، من سام يسوم وساوم واستام، والمنهي عنه أن يتساوم المتبايعان ويتقارب الانعقاد، فيجيء آخر ويزيد في الثمن ليشتر به. ينظر: مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار (٣/١٥٤)، والهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية: ص٢٨٢.

(٣) وهي إعطاء المال بلا عوض، وهي تكون في الصحة والمرض، أما العطية فتكون في مرض الموت. ينظر: المصباح المنير، للحموي: (٢/٦٧٣)، والمطلع على ألفاظ المقنع: ص٣٥٢.

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: درر الحكام: (٢/١٥٦)، والنهر الفائق: (٣/٣٨٢).

(٦) ما أُقْتني من شاة أو ناقة. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: (٤/١١٧).

(٧) ينظر: عيون المسائل: ص١٤٧، والمبسوط: (١٣/٧١).

مما يعلم به المقصود، فيكفي رؤيته، (ورؤية ظَاهر الثَّوْب إن لم يكن مُعَلَّماً كَافِيَة)؛ لأن به تعرف البقية، (و)كفت (رؤية عَلَمِه إنْ) كان (مُعلَّماً)؛ لأنه المقصود بالشراء حينئذ؛ أطلق المصنِّف هذا، وهو مقيداً بما إذا كان مطوياً.

وفي المحيط: قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط خياره[١].

وفي شرح المجمع[٢]: المسألة المفروضة في الثوب الذي لا يتفاوت ظاهره وباطنه، حتى لو تفاوتت لا بد من رؤية ظاهره وباطنه، وهو قول زفر[٣]، وفي المبسوط: الجواب على ما قال زفر[٤]، (و)كفت (رؤية دَاخل الدَّار وإنْ لم يُشَاهد بيوتها)؛ لأن النظر إلى جميع أجزائها متعذر، ولم يكن متفاوتة، فيكتفي رؤية المقصود، (وَعند زفر: لَا بُد من مُشَاهدَة الْبيُوت وَعَلِيهِ الْفَتْوَى[٥] الْيَوْم)[٦]، هذا من المسائل [اللاتي][٧] في الفتوى فيها على القياس؛ لتفاوت الدُّور بكثرة المرافق، وقلّتها، فلا تعلم رؤية صَحَّتِهَا.

---

(١) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: (٥٧٣/٦).

(٢) تشنيف المسمع في شرح المجمع؛ لأحمد بن محمد بن شعبان الطرابلسي، المغربي، وهو في مجلدين، فرغ من تأليفه: في ذي القعدة، سنة ٩٦٧هـ. ينظر: كشف الظنون (١٥٩٩/٢).

(٣) ينظر: البحر الرائق: (٣٢/٦)، والبناية: (٩٠/٨).

(٤) ينظر: المبسوط: (٧٧/١٣)، وبدائع الصنائع: (٢٤٣/١).

(٥) (الفتوى) مصطلح قال عنه ابن عابدين: قوله: (فلفظ الفتوى)؛ أي: اللفظ الذي فيه حروف الفتوى الأصلية بأي صيغة عبر بها آكد من لفظ الصحيح؛ لأَنَّ مقابل الصحيح أو الأصح ونحوه، ثم نقل قول ابن الهمام: والفرق بينهما: أَنَّ الأَول يفيد الحصر، والمعنى أن الفتوى لا تكون إلا بذلك، والثاني: يفيد الأصحية. ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين، رد المحتار: (٧٣/١).

(٦) ينظر: المبسوط: (٧٧/١٣)، وبدائع الصنائع: (٢٤٣/١).

(٧) في (أ): (إلا)، وما أثبتناه هو الصواب، أي: هذا من المسائل التي تقدم الفتوى فيها على القياس. ينظر: فتح القدير: (٣٤٤/٦).

(وَإِن رأى بعض الْمَبِيع؛ فَلهُ الْخِيَار إِذا رأى باقيه، وَمَا يُعْرَض بالنموذج): ـ بفتح النون [والذال المعجمة][1] ـ مثال الشيء، معرب، ثم إن [الأنموذج لحن][2] (كالمكيل وَالْمَوْزُون، فرؤية بعضه كرؤية كُله، وَفِيمَا يطعم لَا بُد من الذَّوْق)[3]؛ إذ به يعرف المقصود، (وَنظر الْوَكِيل بِالشِّرَاءِ أَو الْقَبْض كافٍ) يسقط خيار الرؤية، عند أبي حنيفة (لَا نظر الرَّسُول، وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كَالْوَكِيلِ)، هذا الخلاف في الوكيل بالقبض، وأمّا الوكيل بالشراء؛ فرؤيته تسقط الخيار إجماعاً[4].

[وصورة الوكيل أن يقول المشتري لغيره: كان وكيلاً عني بقبض المبيع، وصورة الرسول أن يقول: كن رسولاً عني بقبضه، وأجمعوا على أن خيار العيب لا يبطل بقبض الوكيل بعد العِلْم بالعيب][5].

(وَبيع الْأَعْمَى وشراؤه صَحِيح) وسائر عقوده[6]؛ لأَنَّه مكلَّف يحتاج إلى العقد، فصار كالبصير، ولتعامل الناس له من غير نكير، فصار بمنزلة الإجماع، وبه قال الأئمة الثلاثة[7]، [وقال الشافعي: لا يصح شرائه[8]، ففي الفوائد للعلامة ابن نجيم[9]: الأعمى كالبصير إلّا في مسائل، لا جهاد عليه، ولا جمعة، ولا جماعة، ولا حج، وإن وجد قائداً في الكل، ولا يصلح كونه شاهداً، ولو فيما يُقْبل فيه الشهادة بالتسامع على

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: المبسوط: (٧٧/١٣)، والهداية: (٣٥/٣).

(٤) ينظر: الهداية: (٣٥/٣)، والنهر الفائق: (٣٨٥/٣).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) ينظر: الهداية: (٣٥/٣)، والنهر الفائق: (٣٨٥/٣).

(٧) وهم: (أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ـ رحمهم الله تعالى ـ)، ينظر: حاشية ابن عابدين: (٦٩/١).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: (٣٣٩/٥)، والمجموع: (٣٠٢/٩).

(٩) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم فقيه حنفي، من العلماء، مصري، له تصانيف، منها: الأشباه والنظائر، والبحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ت٩٧٠هـ. ينظر: الأعلام: (٦٤/٣)، وهدية العارفين: (٤٢٢/١).

المذهب الأصح؛ ولاية في عينه، وإنَّما الواجب[(١)] حكومة عدل، وكره؛ إذ إنه وحده، وإمامته لا يجوز عتاقه عن الكفارات، ولا كونه إماماً أعظم ولا قاضياً، ويكره ذبحه، ولم أرَ حكم صيده ورميه، واجتهاده في القِبْلة، (وَله الْخِيَار إِذا اشْترى)][(٢)]؛ لأَنَّه اشترى ما لم يره، (وَيسْقط) خياره (بجسه الْمَبِيع أَو شمه أَو ذوقه فِيمَا يعرف بذلك)؛ أي: بالجس والشم والذوق؛ لأَنَّ هذه الأشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بُيِّن في البصير، [والمراد بسقوطه: سقوطه إذا وجدت هذه الأشياء قبيل الشراء، وثم اشترى، وأمّا إذا اشترى قبل هذه؛ فهذه مثبتة للخيار له؛ لأنها ساقطة، ويمتد إلى أنه يوجد منه ما يدل على الرضاء من قول أو فعل في الصحيح][(٣)].

(و)يسقط (بوصف الْعقار لَهُ)[(٤)]؛ يعني: إذا وصف العقار للأعمى بأبلغ ما يمكن، فقال: رضيت يسقط خياره؛ لأَنَّ ذكر الوصف يقوم مقام الرؤية كما في عقد السَّلَم[(٥)] [هذا عندهما، وعنده: يوكل وكيل بقبضه، وهو يراه، وينظر إليه، كذا في شرح الجامع الصغير للإمام الكردري[(٦)]][(٧)].

(وَمن رأى أحد الثَّوْبَيْنِ [أ/٢٤١] (فشراهما) [أ/٢٤١] بصفقة واحدة،

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص٤٢١.
(٢) سقط من: (ب).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: الجوهرة النيرة: (١/١٩٦)، والعناية: (٦/٣٤٨).
(٥) عقد يوجبُ الملكَ في الثمن عاجلاً وفي المثمن آجلاً. ينظر: الاختيار: (٢/٨٠).
(٦) عبد الغفور بن لقمان بن محمد تاج الدين أبو المغافر الكردري، وتولى قضاء حلب، وكان على غاية من الزهد، أصله من كردر، قرية بخوارزم، تولى قضاء حلب، له كتاب في أصول الفقه، وشرح التجريد، وشرح الجامع الصغير، وشرح الجامع الكبير، وحيرة الفقهاء، جمع فيه ما يحار في حله العلماء، ت٥٥٢هـ، وقيل: ٥٦٢هـ. ينظر: الجواهر المضية: (١/٢٤٩)، والأعلام: (٤/٣٢).
(٧) سقط من: (ب).

(ثمَّ رأى الآخر معيباً)؛ أي: الثوب [الآخر][(١)]؛ (فَلَهُ أخذهما أَو ردهما، لَا رد أَحدهمَا)[(٢)]؛ لأَنَّ رؤية أحدهما لا يغني عن رؤية الآخر؛ للتفاوت، فبقي خياره فيما لم يَرَه، وليس له أن يردّه وحده؛ لنهيه ﷺ عن تفريق الصفقة[(٣)]، وفيه فيردهما جميعاً ضرورة.

(وَمن رأى شَيْئاً)، ثم شراه، (فَوَجَدَهُ متغيراً؛ تخير)؛ لأن بالتغيير صار شيئاً آخر، فلا تفيد الرؤية السابقة العِلْم بالمالية القائمة وقت البيع، فلا يدل على الرضا به، (وإلّا)؛ أي: وإن لم يتغير عن الصفة التي رآه عليها؛ (فَلَا)؛ أي: فلا يخير؛ لكونه معلوم الوصف بالرؤية السابقة، (وَإِن اخْتلفَا فِي تغيره)، فقال المشتري: قد تغيّر، وقال البائع: لم يتغير، (فَالْقَوْل للْبَائِع)، مع يمينه[(٤)]، وعلى المشتري البيّنة؛ لأَنَّ سبب لزوم العقد، وهو رؤية السابقة ظاهر، والتغيير حادث، والقول لمن يتمسك بالظاهر، هذا إذا كانت المدة قريبة يَعْلَمُ أنه لا يتغير في مثل تلك المدة، فإن بعدت المدة بأن رأى أمة شابة، ثم اشتراها بعد عشرين سَنَة، وزعم [المشتري][(٥)] أنها لم تتغير؛ فالقول للمشتري؛ لأَنَّ الظاهر شاهد له.

(وَإِن) اختلفا (فِي الرُّؤْيَة) بأن قال [البائع][(٦)]: رأيت قبل البيع، وقال [المشتري][(٧)]: ما رأيته قبل (فَلِلْمُشْتَرِي)؛ أي: القول له مع يمينه؛ لأَنَّه ينكر أمراً حادثاً، وهو الرؤية[(٨)]، (وَمن اشْترى عدل زطي) لم يره فقبضه،

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: البناية: (٨/٩٥)، والنهر الفائق: (٣/٤٠٩).

(٣) ابن حجر رَحِمَهُ اللَّهُ استدل بقوله ﷺ الذي رواه البخاري: «ما كان يداً بيد فخذوه وما كان نسيئة فردوه» في رواية كريمة: «فذروه» على جواز تفريق الصفقة، فيصح الصحيح منها، ويبطل ما لا يصح. ينظر: فتح الباري: (١٧/١٨٨).

(٤) ينظر: العناية: (٦/٣٥٢)، والبحر الرائق: (٦/٦٨).

(٥) في (ب): (البائع).

(٦) في (ب): (المشتري).

(٧) في (ب): (البائع).

(٨) ينظر: العناية: (٦/٣٥٣).

الزط جيل في الهند[١] تنسب إليهم الثياب الزطية[٢]، (فَبَاعَ مِنْهُ ثوباً أَو وهب وَسلَّم)، ثم اطّلع على عيب في الباقي؛ (فَلَهُ أَن يردهُ)؛ أي: العدل (بِعَيْب لَا بِخِيَار رُؤْيَة أَو شَرط)؛ لأَنَّ الرّد قد تعذر فيما أخرجه عن مِلْكه، ولا يمكنه أن يرد الباقي بخيار الرؤية، أو الشرط؛ لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام، وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض[٣].

❊ ❊ ❊

فصل
في بيان خيار العيب

(مُطلق البيع يَقْتَضِي سَلامَة الْمَبِيع)؛ لأن الأصل هو السلامة، وهي وصف مطلوب مرغوب عادةً، والمطلوب عُرْفاً كالمشروط نَصّاً، (فَلِمَنْ وجد فِي مَشْرِيِّه عَيْباً) كان عند البائع، ولم يشاهده، ولم يرضَ به بعد رؤيته، ولم يتعيّب عنده بعيب آخر؛ (رده، أَو أَخذه بِكُل ثمنه)؛ لما مرّ أن مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب، فإذا فاتت خيّر؛ كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به[٤]، (لَا إِمْسَاكه وَنقص ثمنه)؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرّد العقد، فلم يرضَ البائع بزوال المبيع عن ملكه بأقلّ من المسمّى (إِلَّا) برضى بائعه بنقص الثمن، والمراد به: عيب كان عند البائع، وقبضه المشتري من غير أن يعلم به، ولم يوجد من

---

(١) الهند: هي بلاد واسعة كثيرة العجائب، تكون مسافتها ثلاثة أشهر في الطول وشهرين في العرض، وهي أكثر أرض الله جبالاً وأنهاراً، والهند والسند كانا أخوين من ولد توقير بن يقطن بن حام بن نوح عليه السلام، وهم أهل ملل مختلفة، فتحها محمد بن القاسم الثقفي سنة ٩٤هـ. ينظر: الروض المعطار في خبر الأقطار: ص٥٩٦.

(٢) ينظر الصحاح: (٢٨١/٥).

(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص٤١٥، والمبسوط: (٧٤/١٣).

(٤) ينظر: الهداية: (٣٦/٣)، والنهر الفائق: (٣٨٩/٣).

المشتري ما يدل على الرضا به بعد العِلْم بالعيب، وكل ما أوجب نقصان الثمن عند التُّجار [صفة كاشفة، والتجار: ـ بالضم والتشديد أو الكسر والتخفيف ـ، جمع تاجر[١] كجاهل وجُهّال، وصاحب وصِحَاب][٢]، هو عيب[٣]؛ لأَنَّ الضرر اللاحق بسبب العيب هو النقصان في المالية، فيرجع فيه إلى أهله.

[ثم شَرَعَ في عد بعض العيوب التي توجب النقصان في المالية عند التجار، بقوله][٤]: فالإباق [مطلقاً، سواء كان الضرر من الولي، أو ممن في يده بإعادة، أو إجارة، أو وديعة][٥]، **(وَلَو إِلَى مَا دون السَّفر من صَغِير يعقل عيب)**، [اعلم أن الإباق إلى ما دون مدة السفر عيب بالاتفاق[٦]، لكن يبقى فيما إذا لم يخرج من البلدة، فقال بعضهم: هو عيب، وقال بعضهم: ليس بعيب، وفرّق بعضهم: بأنه إن ذهب إلى بائعه، فهو ليس بعيب، بخلاف الكبير، وبخلاف ما إذا ذهب إلى غير البائع[٧]، وقال بعضهم: إن كانت البلدة كبيرة كالقاهرة يكون عيباً، وإن كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه علم أهلها وبيوتها؛ لا يكون عيباً][٨]، وإنَّما قيّد بكونه يعقل؛ لأَنَّه إذا لم يعقل؛ لا يُعد آبقاً بل ضالاً، وحدّ عدم عقله: أن لا يأكل ولا يشرب وَحْدَه، وهو ابن سنتين.

(وَكَذَا السّرقَة) إذا بلغ قَدْر الدرهم، **(وَالْبَوْل فِي الْفراش)**، كل منهما من صغير يعقل عيب كالإباق[٩]؛ لأَنَّ أفعاله حينئذٍ يكون عن اختيار، وهو

(١) ينظر: لسان العرب: (٨٩/٤).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر مختصر القدوري: ص٨١، والبحر الرائق: (٣٩/٦).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: العناية: (٣٥٨/٦)، ولسان الحكام: ص٣٥٧.
(٧) ينظر تبيين الحقائق: (٣٢/٤)، والنهر الفائق: (٣٩١/٣).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) ينظر: تبيين الحقائق: (٣٢/٤)، والبحر الرائق: (٤٥/٦).

الأصل في العيب، [وهذه المذكورات تتفاوت بالصغر والكبر والتعقل وعدمه، فالبول في الفراش من الصغير لضعفٍ في المثانة، ومن الكبير لآفةٍ وداء في باطنه، والإباق من الصغير لحبّ اللّعب، والسرقة؛ لقلة المبالات، وعدم الفكر في عاقبة الأمر، ومن الكبير لخباثةٍ في طبعه، فلذلك قال][1]: (وَهِي)؛ أي: السرقة (فِي الْكَبِير عيب آخر)؛ أي: لو صدرت هذه الأفعال من الصغير، ثم عاودها بعد الكبر كانت عيباً ثانياً مستأنفاً، ولهذا فرَّع عليه بقوله: (فَلَو أبق) ـ بفتح الباء وكسرها ـ، والفتح أفصح، (أَو سرق) من باب ضرب، (أَو بَال) في الفراش وهو نائم (فِي صغره، ثمَّ عاوده عِنْد الْمُشْتَرِي فِيهِ؛ رُدَّ بِهِ)[2].

[لا يخفى ما في هذا التركيب من تفكيك الضمير البارز المتصل، فالأول: يعود إلى العبد المقدر في الكلام، والثاني: إلى كل واحدٍ من الإباق والسرقة، والبول، المفهوم من الأفعال الثلاثة على سبيل البدء، والثالث: إلى الصغر، والرابع: إلى العيب المذكور ضمناً بقرينة كون الكلام فيه، لكن مثل هذا مفتقر عند محققي الفقهاء بناءً على ظهور الحرام][3]، والمعنى: أن العبد المشترى لو كان فَعَل شيئاً من هذه الثلاثة عند البائع في صغره، ثم عاود ذلك عند المشتري وهو في الصغر؛ يكون ذلك عيباً يُردُّ به؛ لاتحاد السبب كما بيّناه آنفاً، (وَإِن عاوده)؛ أي: إن فعل شيئاً من ذلك ثانياً (عِنْده)؛ أي: عند المشتري كما بيناه (بعد الْبلُوغ لَا)؛ أي: لا يكون ذلك عيباً، ولا يردّ به؛ لاختلاف السبب، [والحاصل: أنه قد علم أن أسباب الأشياء المذكورة في الصغر غير أسبابها بعد الكبر، فإذا تكرّر شيء منها إمّا عند البائع أو عند المشتري، يكون الثاني عين الأول؛ لاتحاد سببهما فيتحقق كونه عيباً، ويستحق الرد به، وأمّا إذا وجد في الصغر مرّة عند البائع وأخرى فقط في الكبر عند المشتري؛ كان الثاني

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٤١٦، والبحر الرائق: (٦/٤٥).
(٣) سقط من: (ب).

غير الأول، فلم يتحقق، كونه عيباً، فلا يستحق الرّد[1]][2].

(وَالْجُنُون عيب مُطلقاً) [معناه: عند جمهور المشايخ[3]][4]. سواء وجد المشتري في حال الصغر، أو في حال الكبر؛ ولهذا فَرَّعَ المصنِّف عليه بقوله: (فلو جُنّ) العبد المبيع (في صغره) عند البائع (وعاوده)؛ أي: الجنون العبد (عند المشتري فيه)؛ أي: في صغره، (أو في كبره ردّ به)[5]؛ لأنَّ الثاني عين الأول؛ لأنَّ السبب متحد؛ [لأنه لفساد في الباطن؛ لأنَّ العقل معدنه القلب، وشعاعه في الدماغ، والجنون انقطاع ذلك الشعاع.

وقيل: معناه سواء وجد عند المشتري [أ/٢٤٢]، أو لم يوجد][6]؛ لأنَّه إذا وجد منه الجنون في الصغر، فقلما يزول عنه، وإن كان الله سبحانه قادراً على إزالته وعلى إحداثه بعد زواله، لكنه ليس كما تَقَدَّم ذِكْره من الإباق وغيره؛ لظهور تغير السبب هناك واتحاده ههنا، فظهر الفرق واتضح الأمر.

(والبخر) ـ بفتحتين ـ: هو ظهور رائحةً كريهةً من الفم[7]، (والذَّفَر): ـ بالذال المعجمة وتحريك الفاء ـ ريح كريه أكثر ما يكون تحت الإبط[8]

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (٣٢/٤)، والبحر الرائق: (٤٤/٦).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) قال في المحيط: (فأما الجنون؛ فهو عيب واحد في حالة الصغر والكبر حتى لو جن في يد البائع قبل البلوغ، ثم جن عند المشتري بعد البلوغ؛ فله الرد، وتكلم المشايخ في مقدار ما يكون عيباً من الجنون قال بعضهم: إن كان أكثر من يوم وليلة؛ فهو عيب، فما دونه؛ فليس بعيب، وقال بعضهم: المطبق عيب، وغير المطبق ليس بعيب) المحيط البرهاني: (٥٣٥/٦).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: العناية: (٣٥٩/٦)، والبحر الرائق: (٤٤/٦).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) ينظر: لسان العرب: (٤٧/٤).

(٨) ينظر: لسان العرب: (٣٠٦/٤).

(والزنا والتولد مِنْهُ) كل واحدٍ من هذه (عيب فِي الْجَارِيَة) متعلق بالعيوب الأربعة؛ يعني: أنها عيب فيها؛ لأَنَّ الغرض منها قد يكون الاستفراش، وقد يكون هو، والاستخدام والعيوب المذكورة تخل بهما، (لَا فِي الْغُلَام)؛ أي: ليس المذكورات بعيب في الغلام؛ لأَنَّ المراد منه هو الاستخدام من بعد، والعوارض المذكورة لا تخل به، وقيل: إن البخر عيب في الأمرد(١)(٢).

(إلّا أَن يكون من دَاء)، الاستثناء مصروف إلى البخر والذفر فقط، ولا يخفى ما في عبارة المتن من إبهام غير المقصود، ولا ما في عبارة الهداية من الوضوح(٣)؛حيث أتى بالاستثناء بعدهما، ثم أتى بلفظ: (الزنا)(٤).

واستثنى منه بقوله: (إلّا أن يكون الزنا عادةً له) بأن يقع منه أكثر من مرتين؛ [لأن ذلك يُخل بالاستخدام؛ لأَنَّه يترك حاجة مولاه، ويذهب في متابعة هواه، وفي المنية(٥): لو اشترى عبداً يعمل به عمل قوم لوط، فإن كان مجاناً فهو عيب؛ لأَنَّه دليل إلى بيّنة، وإن كان بأجرة فلا، بخلاف الجارية، فإنَّه يكون عيباً كيف ما كان(٦)](٧).

---

(١) الأمرد في كلام العرب: الذي خداه أملسان لا شَعَر فيهما أخذ من قول العرب شجرة مرداء: إذا سقط ورقها عنها، ويقال: تمرَّد الرَّجل: إذا أبطأ خروج لحيته بعد إدراكه. ينظر: الزاهر في معاني كلمات الناس: (١/١٤٠).

(٢) ينظر: الهداية: (٣/٣٧)، والعناية: (٦/٣٦٠).

(٣) نص عبارة الهداية: (والبخر والذفر عيب في الجارية؛ لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به، وليس بعيب في الغلام؛ لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به، إلا أن يكون من داء؛ لأن الداء عيب). ينظر: الهداية: (٣/٣٧).

(٤) ينظر: الهداية: (٣/٣٧)، والنهر الفائق: (٣/٣٩٤).

(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٦٣.

(٦) ينظر: البحر الرائق: (٦/٤٥).

(٧) سقط من: (ب).

(والاستحاضة عيب)؛ لأن استمرار الدم علامة الداء في البطن، (وَكَذَا عدم حيض)[(١)] في (بنت سبع عشرَة سَنَة)؛ لأنه علامة الداء أيضاً، والأول: قد يكون مانعاً للاستفراش، بل الاستخدام، والثاني: يمنع الاستيلاد، فوجود الدم وعدمه على الدوام عيب، وإنَّما عين السنّ المذكور؛ لأَنَّه أقصى زمان البلوغ، وما قبله قد يكون للصغر، ولهذا قال: (لَا أقل)؛ أي: لا يكون انعدام الدم في الجارية قبل بلوغها إلى سبع عشرة سنة عيباً[(٢)]، [ثم إنه بيّن أن كونها مستحاضة أو عادمة الحيض، بماذا يعرف؟ فقال][(٣)]: (وَيُعرف ذلك)؛ أي: الاستحاضة وعدم الحيض (بقول الْأمة) وإذا علم ذلك بقولها: (فَترد) على بائعها (إِذا انْضَمَّ إِلَيْهِ)؛ أي: إلى قولها: (نُكُول البَائِع) عن اليمين[(٤)]، بأن ذلك العيب ليس فيها، أو أنها لم تبلغ ذلك السن، سواء كان نكوله (قبل الْقَبْض وَبعده)، وإنَّما قال: (هُوَ الصَّحِيح) احترازاً عما ذكر في بعض شروح الجامع الصغير[(٥)] من أنه رُوي عن محمد: أنها تُردّ من غير انضمام نكول البائع، وفي بعضها: أنها تُردّ قبل القبض بلا يمين البائع، لا بعده، وكأن وجه هذا: أنه بعد القبض يحتمل أن يكون المشتري لقّنها ذلك، وهو ظاهر.

(وَالْكفْر عيب فيهمَا)؛ أي: في الغلام والجارية؛ لأَنَّ طبع المُسْلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينيّة[(٦)]، [ولا يجوز إعتاقه عن كفارة القتل، فتخلّ الرغبة فيه][(٧)]، فهذا إذا كان المشتري مُسْلماً، (وَكَذَا الشيب) عيب

---

(١) ينظر: الاختيار: (١٩/٢)، والبحر الرائق: (٤٧/٦).
(٢) ينظر: الهداية: (٣٨/٣)، والبحر الرائق: (٤٧/٦).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) المراد: الامتناع عن اليمين أو الجبن عنه ينظر: الصحاح: (١٣٦/٧)، والفائق في غريب الحديث: (٢٣/٤).
(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٢٨.
(٦) ينظر: الهداية: (٣٧/٣)، والعناية: (٣٦١/٦).
(٧) سقط من: (ب).

فيهما؛ لأنَّه في الغلام علامة العجز والضعف، وفي الجارية علامة العقر أيضاً، فيردّان به(١).

(وَالدَّين)؛ أي: كون الغلام أو الجارية مديوناً عيب، إلّا أن يؤدي عنه البائع أو يبرأه الدائن، والمراد من الدّين هو الذي يطالب به في الحال أما الدَّين المؤجل إلى العتق؛ فليس بعيب، (والسعال الْقَدِيم) عيب؛ لأنَّه من قرحة في الرئة، وقلّما يبرأ، (وَالشَّعَر) النابت في داخل الجفن أيضاً عيب، (وَالْمَاء) النازل (فِي الْعين) عيب؛ لأنهما يضعفان البصر(٢)، [ثم إن قوله: (في العين) يتعلق بمحذوف هو صفة للشَّعَر والماء، والمسامحة فيه أمر سهل، نبّهْنا عليه بالتقدير](٣)، (فَإِن ظهر) في المبيع (عيب قديم)؛ أي: كان في يد البائع بعدها حدث فيه (عِنْد الْمُشْتَرِي) عيب (آخر؛ رَجَعَ) المشتري على البائع (بِالنُّقْصَانِ)؛ أي: بنقصان العيب القديم فقط؛ لأنَّه تعذر ردّه على بائعه بسبب العيب الحادث؛ فإنَّه خرج عن مِلْكه سليماً عنه؛ فلا يُعاد إليه معه، ولا يمكن إلزام المشتري بالعيب القديم؛ لعدم إرضاءه به، ولأن حقه في السليم عن العيب بِحُكْم العقد، فتعين الرجوع بالنقصان دفعاً للضرر، وطريق معرفته: أن يقوّم المبيع سليماً عن العيب القديم والحادث، ومعيباً بالعيب القديم فقط، ويأخذ المشتري من البائع مقدار التفاوت بين القيمتين، (كَثوب شراه، فَقَطعه)، ولم يخيطه، (فَاطلع على عيب) فيه قديم؛ فإنَّه يرجع على البائع بنقصان العيب.

(وَلَيْسَ لَهُ الردّ) مقطوعاً؛ لأنَّه عيب حادث، وفيه ضرر على البائع، فتعين الرجوع بالنقصان، (إلّا أَن يرضى البَائِع بِأَخْذِهِ كَذَلِك)؛ أي: مقطوعاً (فَلَهُ ذَلِك)(٤)؛ لأنَّ امتناع الردّ كان لحقّه، فإذا رضي بالعيب فقد رضي بإسقاط حقه، فجاز حينئذٍ ردّه عليه، (حَتَّى لَو بَاعه الْمُشْتَرِي)؛ أي: لو باع

---

(١) ينظر: الاختيار: (١٩/٢)، والأصل: (٤٩٤/٢).

(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص٤١٦، والبحر الرائق: (٤٨/٦).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (٣٤/٤)، والبحر الرائق: (٥٣/٦).

المبيع بعد [ظهور][١] كونه معيباً؛ (سقط رُجُوعه)، بالنقصان أيضاً؛ إذ للبائع حق أخذه معيباً، فالمشتري بالبيع يكون حابساً للمبيع، فلا يرجع بالنقصان.

(فَإِن خاط) المشتري (الثَّوْب) المشترى (أَو صبغه أَحْمَر)، إنَّما قال: (أحمر)؛ ليكون الزيادة في البيع اتفاقية، فإن بعض الألوان كالسواد نقصان عنده، (أَو لتّ)؛ أي: خلط (السويق) الذي اشتراه (بِسمن، ثمَّ ظهر عَيبه) القديم، (رَجَعَ بنقصانه)[٢]؛ أي: بنقصان العيب كما مر آنفاً؛ لأَنَّ الرد قد تعذر بسبب الزيادة، ولا سبيل إلى الفسخ في الأصل بدونها، وهي لم تكن في العقد، فتعين الرجوع بالنقصان ضرورة، [بخلاف الزيادة المتصلة، كالسِّمَن والجَمَال حيث لا تمنع الرد بالعيب][٣]، (وَلَيْسَ لبَائِعه أَن يَأْخُذهُ)؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، وامتناع الرّد لحق الشرع، حيث يلزم الربا، (حَتَّى لَو بَاعه) المشتري (بعد رُؤْيَة عَيبه؛ لَا يسْقط الرُّجُوع)[٤] بنقصانه؛ لأَنَّ الرد ممتنع أصلاً قبل البيع، فلا يكون به جالساً المبيع.

(وَلَو أعتق) المشتري العبد الذي اشتراه (بِلَا مَال)؛ أي: أعتقه مجاناً (أو دَبَّرهُ، أَو استولد) الجارية التي اشتراها، (ثم ظهر العيب؛ رجع) بنقصانه على الوجه الذي مرّ آنفاً، [وفي الزيلعي: وإن أعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان؛ لأَنَّ إقدامه على الإعتاق يدل على الرضا به[٥]][٦]، (وكذا) يرجع بالنقصان (إن ظهر) العيب (بعد موت) العبد (المُشْتَرِي)، وذلك؛ لأَنَّه بموت العبد ينتهي المِلْك، فيمتنع الرد بحكم المولى الخالق لا بفعل المشتري، وأمّا الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع بنقصان العيب[٧]،

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: الهداية: (٣٨/٣)، والعناية: (٣٦٦/٦).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: كنز الدقائق: ص٤١٧، ودرر الحكام: (١٦٢/٢).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق: (٣٦/٤)، ودرر الحكام: (١٦٢/٢).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) ينظر: الهداية: (٣٨/٣)، ودرر الحكام: (١٦٢/٢).

وهو قول الشافعي[١]؛ لأَنَّ امتناع الرّد بفعله، فصار كالقتل، وفي الاستحسان: يرجع؛ لأَنَّ العتق إنهاء للمِلْك؛ أي: إتمام له؛ إذ الآدمي [أ/٢٤٣] لم يخلق في الأصل محل للملك، وإنَّما يثبت المِلْك فيه مؤقتاً إلى الإعتاق، فكان فعله إنهاء، فصار كالموت، والتدبير والاستيلاء بمنزلة العتق؛ لأنهما من شِعَبه، فتعذّر الرد مع بقاء المحل.

(**وَإِن عتق على مَال أَو قتل**) أو باعه (**لَا يرجع بِشَيْء**)؛ أي: لو أعتق المشتري على مال كالكتابة أو قتله؛ لم يبقَ له الرجوع؛ لأَنَّه حبس بدله، وحبس البدل كحبس المبدل، (**وَكَذَا لَو أكل الطَّعَام كُله أَو بعضه**)، أو باع كله أو بعضه (**أَو لبس الثَّوْب فتخرق**)؛ يعني: لو فعل ذلك المشتري، ثم ظهر في الطعام المأكول، أو الثوب الملبوس بعد التخرق عيب؛ (**لَا يرجع**) عند أبي حنيفة، (**خلافاً لَهما**) وهو القياس؛ لأَنَّه صنع في المبيع ما هو المقصود، فأشبه الإعتاق، ولأبي حنيفة: وهو الاستحسان[٢]؛ لأنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع، فأشبه البيع والقتل.

(**وَإِن شرى بيضاً، أَو جوزاً، أَو بطيخاً، أَو قثاء، أَو خياراً، فَكَسرهُ، فَوَجَدَهُ فَاسِداً، فَإِن كَانَ يِنْتَفع بِهِ**) مع فساده بأن يصلح للعلف أو لأكل بعض الفقراء؛ (**رَجَعَ بنقصانه**)، وليس له أن يرده؛ لأَنَّ الكسر عيب حادث، لكنه يرجع بالنقصان دفعاً للضرر بقَدْر الإمكان، (**وإلّا**) وإن لم ينتفع به أحد بأن وجد البيض مذرةً، أو القثاء مُرّاً، والجوز ونحوه خالياً، (**فبكل ثمنه**)، لأنه ليس بمال، فالبيع باطل، ولا يُعتبر في الجوز صلاح قشره كما قيل؛ لأَنَّ ماليته باعتبار اللب[٣].

(**وَلَو وجد الْبَعْض فَاسِداً، وَهُوَ قَلِيل كالواحد والاثنين فِي الْمِئَة؛ صَحَّ البيع**)، وفي شرح الجامع[٤] للفقيه أبي الليث: المذرة في عشر

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير: (١٨/١٩٤)، المجموع: (١٢/٢٨٨).

(٢) ينظر: درر الحكام: (٢/١٦٢)، والعناية: (٦/٣٧٢).

(٣) ينظر: الهداية: (٣/٣٩)، والعناية: (٦/٣٧٢).

(٤) وهو من تأليف الإمام أبي الليث نصر بن أحمد السمرقندي، الحنفي، ت٣٧٣هـ، =

بيضات يكون عيباً، وسبعة فاسدة في مئة جوز لا تكون عيباً؛ لأنها لا تخلو عنها عادة، وإن كانت الفاسدة أكثر منها؛ لا تصح في الكل عند أبي حنيفة، ويرجع بكل الثمن لجمعه في العقدين ما له قيمة وما قيمة له، فصار كبيع حر وعبد، ويصح العقد عندهما في ما كان صحيحاً[(١)]، (وإلّا)؛ أي: وإن كان الفاسد كثيراً؛ (فسد) البيع (وَرجع) المشتري (بِكُل ثمنه، وَمن بَاعَ مَا شراه فَرد عَلَيْهِ بِعَيْب بِقَضَاء) متعلق بقوله: ردّ، بعدما تعلق به قوله: (بعيب) (بِإِقْرَار) متعلق بقوله: قضاء لا بقوله: ردّ؛ يعني: أن المشتري الثاني ادّعى على البائع الثاني إقراره بالعيب، والبائع أنكر، فأثبته المشتري بالبينة، فقضى بالرد عليه، [و إنَّما حتيج إلى هذه التأويل؛ لأَنَّه إذا أقر بإقراره لا يكون الرد محتاجاً إلى القضاء، بل يرد عليه بإقراره بالعيب، فلا يكون له أن يرده على بائعه؛ لأَنَّه إقالةٌ[(٢)]][(٣)]، (أَو نُكُول) عن اليمين (أَو بَيِّنَة) [فيُعِلَّةُ من البينونة أو البيان، والدليل بها على الأول: أنها تفيد بينونة غبار الشك عن وجه الدعوى، وعلى الثاني: أنه يظهر، بها أو أنها تفيد ظهوره حملاً للبيان على معنى الظهور، أو الإظهار][(٤)] (رده) هو أيضاً (على بَائِعه)؛ أي: يكون له حق الخصومة مع بائعه الأول؛ لأَنَّ الرد بقضاء القاضي فسخ من الأصل، فجعل البيع كأن لم يكن، (وَلَو قَبِلَه)؛ أي: قَبِل المشتري الأول من المشتري الثاني في المبيع المعيب (بِرِضَاهُ) من غير قضاء (لَا يرد عَلَيْهِ)؛ أي: لا يرده على البائع الأول؛ لأَنَّ قَبُوله بغير قضاء إقالة.

(وَمن قبض مَا شراه، ثُمَّ ادّعى عَيْباً) فيه قبل دفع الثمن؛ (لَا يجوز

= شرح فيه الجامع الكبير في الفروع، للإمام، المجتهد، أبي عبد الله: محمد بن الحسن الشيباني، الحنفي، وكذلك لأبي الليث، شرح الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني. ينظر: كشف الظنون: (٥٦٩/١).

(١) ينظر: البناية: (١١٨/٨)، والنهر الفائق: (٤٠٣/٣).

(٢) ينظر: درر الحكام: (١٦٣/٢)، والنهر الفائق: (٤٠٤/٣).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) سقط من: (ب).

على دفع ثمنه) إلى البائع، (بل يبرهن)؛ أي: يقيم المشتري البينة على قيام العيب فيه[(١)]، (أَو يحلف بَائِعه) على عدم العيب إذا لم يقم البينة؛ لأَنَّ المشتري أنكر وجوب دفع الثمن عليه، حيث أنكر تعين حق البائع بدعوى العيب؛ [ولأنه لو حكم عليه بدفع الثمن، فربما يظهر العيب بعد ذلك، فيحتاج إلى نقض الحكم، فيتوقَّف في ذلك صوناً للحكم عن النقض][(٢)].

(فإنْ قَالَ) المشتري: (شهودي غُيَّبٌ؛ دَفَع) الثمن؛ أي: يؤمر بدفع الثمن، ولا يلتفتُ القاضي إلى استهالة؛ لإتيان الشهود (إنْ حلف بَائِعه) على عدم العيب؛ لأَنَّ في الانتظار ضرراً بالبائع، وليس في الدفع ضرراً على المشتري؛ لأَنَّه متى أقام البينة؛ رُدَّ عليه المبيع، وأخذ ثمنه، (وَلزِمَ الْعَيْب)، ورُدّ المبيع (إن نكل) البائع عن اليمين؛ لأَنَّ النكول فيه حجة بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول فيها حجة، ولهذا لم يحلف فيها، كذا في الزيلعي[(٣)].

(وَمن ادّعى إباق مَشْرِيَّه)؛ أي: لو اشترى عبداً أو جارية، ثم ادعى أنه أبق، لم يحلّف البائع أيضاً على عدم إباقه، بل (يُبَرْهِنُ) المشتري (أَولاً أنّه أبق) بفتح الباء أو كسرها (عِنْده)؛ أي: عند نفسه، (ثُمَّ) بعد ذلك يلزم تحليف البائع على عدمه؛ لأَنَّ إنكاره إنَّما يُعتبر بعد قيام العيب في المبيع عند المشتري، ومعرفة قيام العيب إنَّما تكون بالحجة[(٤)]، فإذا أقامها المشتري (يحلف بَائِعه) فيقال في التحليف: (بِالله لقد بَاعه) العبد، (وَسلَّمهُ) إياه، (وَمَا أبق قطّ) عنده، [لقائل أن يقول: في هذا الوجه ترك النظر للبائع؛ لأَنَّ قوله: (وما أبَق قط) شامل للإباق من الغاصب، إذا لم يعلم منزل مولاه، أو لم يقدر على الرجوع إليه، وهو ليس بعيب][(٥)].

---

(١) ينظر: البحر الرائق: (٣٧/٧)، والنهر الفائق: (٤٠٤/٣).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (٤٠/٤).
(٤) ينظر: المصدر السابق، والعناية: (٣٨١/٦).
(٥) سقط من: (ب).

(أَو) يحلف [على البائع][1] **(بِالله مَا لَهُ حق الرَّد عَلَيْك من الْوَجْه الَّذِي يَدعِي، أَو بِالله مَا أبق عنْدك قطّ)**[2]، [لقائل أن يقول: فيه ترك النظر للمشتري؛ لأنَّه لا يتناوله الإباق من المودع[3] المستأجر والمستعير والغاصب، لا إلى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع إليه مع أنه عيب، وكذا لا يشمل الإباق عند من اشترى عنه البائع وعند مورثه وواهبه، مع أنه أيضاً عيب][4].

(لَا)؛ أي: لا يحلف بائعه: **(بِالله لقد بَاعه، وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْب، أَو لقد بَاعه وَسلَّمهُ، وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْب)**؛ لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم، وهو موجب الردّ؛ لأَنَّ ما يحدث في المبيع قبل التسليم يكون مضموناً على البائع[5]، فإذا حلف البائع باللفظ الأول ينوي تعليق نفي العيب بالبيع، بتقدير: لقد بعته، وما به هذا العيب، وسلمته معيباً، وباللفظ الثاني: يوهم تعلقه بهما معاً، وهو نادر تعلقه بالبيع فقط، فيبطل حق المشتري، وهذا الذي ذكرناه جار فيما يكون عيباً مشتركاً بين الصغير والكبير كالجنون والسرقة، أما فيما هو مخصوص بالكبير، كالبول في الفراش، فينبغي في اليمين زيادة قيد الكبر كما نبّه عليه المصنِّف بقوله: **(وَفِي إباق الْكَبِير يحلف بِاللَّه مَا أبق مُنْذُ بلغ الرِّجَال)**؛ لأن الإباق في الصغير عند البائع لا يُوجب الرد بالإباق في الكبر عند المشتري كما مرّ بيانه[6].

بقي ههنا شيء آخر، وهو أننا قلنا: لا بُدَّ من أن يبرهن المشتري أولاً أنه أبَق عنده، فلو لم يقدر على إقامة البينة [أ/٢٤٤] كيف يكون

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص٤١٨، والهداية: (٣/٤٠).

(٣) الذي يودع عنده الشي، من أودعتك الشيء: جعلته عندك وديعة. ينظر: المطلع على أبواب الفقه: ص٢٧٩.

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: العناية: (٦/٣٨٣)، والبناية: (٨/١٢٤).

(٦) ينظر: الهداية: (٣/٤٠) والعناية: (٦/٣٨٤).

حكمه؟!، فبينّه المصنِّف بقوله: (وَعند عدم بَيِّنَة المُشْتَرِي على إباقه عِنْده يحلف البَائِع عِنْدهمَا)؛ أي: عند أبي يوسف ومحمد (أنَّه)؛ أي: البائع (مَا يعلم أنَّه)؛ أي: العبد المشتري (أبق عِنْده)؛ أي: عند المشتري، حاصله: أن القاضي يقول للبائع: احلف بالله أنك ما تعلم أنه أبَق عند المشتري[١].

(وَاخْتلفُوا)؛ أي: المشايخ[٢] (على قَول الإِمَام) أبي حنيفة، فمنهم من قال: يحلف عنده كما هو عند صاحبيه، ووجهه: أن مجرّد الدعوى يعتبر حتى تترتب عليها البينة، وتكفيل المدعى عليه، ونحو ذلك، فكذلك يترتب عليها التحليف المذكور، ومنهم من قال: لا يحلف عنده، وهو الأصح، ووجهه: أن الحلف إنَّما يترتب على دعوى صحيحة، وصحة الدّعوى أن يكون من خصم شرعي، ولا يصير خصماً إلا بعد قيام العيب عنده، ثم إن حلف البائع أنه لم يأبق عند المشتري لم تبقَ بينهما خصومة، (فإنْ نكل على قَوْلهمَا)؛ أي: على قول الإمامين، وعلى الرواية: بأنه يحلف عند الإمام؛ (حلف ثَانِياً كَمَا مر)[٣] من الوجوه الثلاثة؛ لأجل الرد، وهذا إذا لم يقم المشتري البينة على أنه كان أبَق عند البائع، فإن حلف ثانياً أنه لم يأبق عنده؛ أي: نفعت الخصومة، وإن نكل ثانياً يرد عليه؛ لأنَّه صار بالنكولين كأنه ثبت إباقه عند المشتري وعند البائع، وهذا موجب للرد، (وَلَو قَالَ بَائِعه)؛ أي: بائع المبيع المعيب (بعد التَّقَابُض) وادعاء المشتري العيب: (بِعْتُك هَذَا مَعَ آخر، وَقَالَ المُشْتَرِي): لا (بل) إنَّما بعتني هذا (وَحده؛ فَالْقَوْل لَهُ)؛ أي: للمشتري مع يمينه ما لم يثبت البائع دعواه[٤].

[قوله: (وحده) منصوب على الحالية؛ أي: منفرداً، أو مصدر

---

(١) ينظر: الهداية: (٣/٤٠)، وتبيين الحقائق: (٤/٤٠)، والنهر الفائق: (٣/٤٠٦).
(٢) أي: مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند. ينظر: العناية: (١/٤٧٩)، رد المحتار: (٥/٢٦٦).
(٣) ينظر: الهداية: (٣/٤٠)، والعناية: (٦/٣٨٤).
(٤) ينظر: درر الحكام: (٢/١٦٥)، والبحر الرائق: (٦/٦٥).

منصوب على أنه مفعول مطلق للحال المُقَدَّرة؛ أي: منفرداً وحده، وعند الكوفيين[(١)] نصب على الظرفية؛ أي: في حال وحدته لا مع غيره][(٢)]، (وَكَذَا) يكون القول للمشتري (لَو اتفقَا)؛ أي: البائع والمشتري (فِي قَدْر الْمَبِيع وَاخْتلفَا فِي الْمَقْبُوض)؛ أي: لو كان المبيع متعدداً، فقال البائع: قد سلمتك الجميع، وقال المشتري: بل إنَّما قبضت البعض فقط؛ فالقول للمشتري في الصورتين، وذلك لأنه متمسك بالأصل، وهو عدم القبض، فيكون القول له مع يمينه ما لم يثبت مع البائع.

قوله: (وَلَو اشْترى عَبْدَيْنِ صَفْقَة) واحدة؛ أي: بعقد واحد، وأصل الصفق ضرب اليد على اليد[(٣)]، وكانوا يفعلون ذلك في البيع، فصار اللفظ مجازاً عن العقد نفسه، (وَقبض أَحدهمَا، وَ) ذلك (وجد بالمقبوض) منهما (أَو بِالْآخرِ عَيْباً ردهما) معاً على البائع، (أَو أخذهما)، معاً بالثمن المعين (وَلَا يرد الْمَعِيب وَحده)؛ لأن الصفقة تمامها لا يجوز كالتفريق بالعقد، وعن أبي يوسف: إنه يرد المقبوض خاصة، والأصح الأول[(٤)]؛ لأَنَّ تمام الصفقة تعلّق بقبض المبيع، وهو اسم للكل[(٥)] (إِلَّا إِنْ ظهر الْعَيْب بعد قبضهما)، وهو استثناء من قوله: (لا يرد المبيع وحده)؛ يعني: لو ظهر العيب بعد قبض العبدين؛ كان له أن يرد ما وجد فيه العيب وحده؛ لأَنَّ تفريق الصفقة بعد التمام، فلا يمتنع من الرد وحده.

(وَلَو وجد بعض الكيلي) كالحنطة ونحوها، (أَو الوزني) كالذهب والسُّكر ونحو ذلك (معيباً بعد الْقَبْض؛ رد كُله أَو أَخذه)؛ لأن المكيل أو الموزون إذا كان من جنس واحد، وهو كشيء واحد حكماً؛ لأَنَّ تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب، فيصير رد العيب حادث؛

---

(١) وهم: الفراء، والكسائي، ومن انتسب إليهما من مدرسة الكوفة في النحو.
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: المغرب: (٢٦٥/٣).
(٤) ينظر: الهداية: (٤٠/٣)، والعناية: (٣٨٩/٦).
(٥) ينظر: الهداية: (٤١/٣).

فلا يصح، (وَقيل هَذَا)؛ أي: رد الكل، أو أخذه (إنْ لم يكن فِي وعاءين، وإلَّا)؛ أي: إذا كان في وعاءين؛ (فَهُوَ كالعبدين)، حتى يرد الوعاء المعيب دون الآخر(١).

(وَلَو اسْتحق بعضه)؛ أي: بعض الكيلي أو الوزني (بعد الْقَبْض لَيْسَ لَهُ)؛ أي: للمشتري (رد مَا بَقِي)؛ لأنه لا يضره التبعيض، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة؛ لأَنَّ تمامها برضاء العاقدين لا برضاء المستحق، ولهذا قيد بكونه (بعد القبض) حتى لو كان الاستحقاق قبل القبض كان تفريقاً للصفقة قبل التمام، فكان له أن لا يرد الباقي؛ إذ لم يحصل رضاء العاقدين؛ لعدم ما يدل عليه؛ أعني: القبض.

قوله: (بِخِلَاف الثَّوْب) معناه: أنه لو كان المبيع ثوباً، فاستحق بعضه؛ كان للمشتري الخيار في رد الباقي؛ لأَنَّ التبعيض في الثوب عيب عُرفاً(٢)، وقد كان التبعيض موجوداً فيه وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون.

[ولما فرغ المصنِّف من بيان العيوب وما يتعلق بالرد بها؛ حاول أن يُبين ما يكون رضي به من المشتري، فقال](٣): (ومداواة الْمَعِيب بعد رُؤْيَة الْعَيْب) إذا كان العيب مما يعالج، (وركوبه)؛ أي: ركوبه الدابة المبيعة المعيبة رضاً بذلك العيب حتى لو كان عبداً به جراحة فداواها، أو كان دابة تركب، فركبها في حاجة بعد علمه بالعيب يكون (رَضًى) بذلك العيب؛ لأَنَّ ذلك دليل على استيفاء المِلْك، وإمساك العين، بخلاف ما لو فعل ذلك حال خيار الشرط للاختيار والامتحان؛ فلا يسقط بذلك الفعل؛ لأَنَّه يقصد بذلك أن يعرف، بل يصلح لقبله أو لا، فيرده(٤).

قوله: (بعد رؤية العيب) مستدرك؛ لأَنَّ المداواة مستلزم رؤية العيب،

---

(١) ينظر: المبسوط: (٧٦/١٣)، ولسان الحكام: ص٣٥٨.
(٢) ينظر: الهداية: (٤١/٣)، العناية: (٣٨٩/٦).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: العناية: (٣٩٠/٦)، ودرر الحكام: (١٦٦/٢).

فلا حاجه إلى التقييد، (وَلَو رَكبه)؛ أي: لو ركب المشتري المركوب الذي ظهر عيبه لا لحاجة نفسه، بل إما (لرده) على البائع، (أَو سقيه أَو) لأجل (شِرَاء علفه)، (وَ)الحال أنه (لَا بُد لَهُ مِنْهُ)؛ أي: لا بد للمشتري من الركوب بأن كان صعباً لا ينقاد ولا ينساق أو كان عاجز عن المشي؛ (فَلَا) يكون ركوبه رضاً بخلاف ما لو انعدم ما ذكرنا، وكان لا بد من الركوب؛ فإِنَّه يحمل على الرضا بالعيب، ويمتنع الرد.

(وَلَو قطع) يد (الْمَبِيع بعد قَبضه أَو قتل بِسَبَب) كالسرقة في القطع والارتداء، وقطع الطريق، والقتل عمداً في القتل، وكان ذلك (عِنْد البَائِع؛ رده) المشتري مقطوعاً لبقاء عينه[1]، (وَأخذ ثمنه) من البائع في الصورتين عند أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ (وَقَالا: رَجَعَ) المشتري على البائع (بِفضل مَا بَين كَونه سَارِقاً وَغير سَارِق، أَو قَاتلاً وَغير قَاتل)؛ يعني: يُقوَّم، فينظر أنه إذا كان سارقاً أو قاتل كم يساوي؟ وإذا كان سالماً من ذلك كم يساوي؟ فيرجع على البائع بمقدار التفاوت، وهذا كله (إِن لم) يكن المشتري (يعلم بِالْعَيْبِ) المذكور؛ أعني: كون العبد سارقاً أو قاتل (عِنْد الشِّرَاء)[2] [أ/٢٤٥]؛ لأَنَّ العلم بالعيب رضاء به، (وإِلَّا)؛ أي: وإن كان عالماً بذلك؛ (فَلَا) يرجع بشيء في الصورتين بالإنفاق.

فالحاصل: أنه بمنزلة ما لو استحق عند الإمام، وبمنزلة ما لو كان معيباً عند صاحبيه، وفيه بحث مليح في الأكمل.

(وَلَو تداولته الْأَيْدِي)؛ أي: العبد السارق أو القاتل لو أبيع مرات، (ثمَّ قطع)، أو قتل (فِي يَد) المشتري (الْأَخير؛ رَجَعَ الباعة): جمع بائع، كالحاكة جمع حائك (بَعضهم على بعض كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاق) إلى أن ينتهي الأمر إلى البائع الأول عند أبي حنيفة؛ لأَنَّه بمنزلة الاستحاق، (وَعِنْدَهُمَا:

---

(١) ينظر: المبسوط: (١١٧/١٣)، ودرر الحكام: (١٦٦/٢).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (٥٥٧/٦)، والبحر الرائق: (٧١/٦).

يرجع) المشتري (الْأخير على بَائِعه [لَا بَائِعه][(١)] على بَائِعه) كما في العيب؛ لأَنَّه بمنزلته.

(وَلَو بَاعَ بِشَرْط الْبَرَاءَة من كل عيب؛ صَحَّ)[(٢)] [خلافاً للشافعي؛ لأَنَّ البراءة عن الحقوق المجهولة لا تصح عنده[(٣)]، وعندنا: تصح؛ لعدم إفضائه إلى المنازعة][(٤)]، (وإنْ لم يَعُدَّ الْعُيُوب)؛ يعني: لو باع عبداً، وشرط أنه بريء من كل عيب فيه؛ فالبيع والشرط صحيح، وليس للمشتري أن يرده بعيب، وإن لم يكن البائع عدّ ما في العبد من العيوب، ونص عليها، (وَيدخل فِي) هذه (الْبَرَاءَة) العيب (الْحَادِث) بعد العقد (قبل الْقَبْض عِنْد أبي يُوسُف خلافاً لمُحَمد)؛ يعني: في الصورة المذكورة لو حدث في المبيع عيب بعد الإيجاب والقَبُول قبل قبض المشتري إياه، فأبو يوسف يقول: هذا العيب داخل في البراءة، وليس للمشتري رد المبيع به، [وقال محمد: لا يدخل، وله الرد به، وهو قول زفر أيضاً؛ لأَنَّ البراءة إنَّما تتناول الثابت حينئذ، وهذا أحدث بعد ذلك، وهو من ضمان البائع كما هو معلوم، ولأبي يوسف: إن الفرض بالبراءة المذكورة إلزام[(٥)] العقد على المشتري بحيث يسقط حقه عن صفة السلامة، وذلك بالبراءة عن كل عيب موجود أو حادث، فلا يكون للمشتري الرد بعد سقوط حقه مطلقاً[(٦)]][(٧)].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) سقط من: (أ). ينظر: تبيين الحقائق: (٤٢/٤)، وفتح القدير: (٣٩٥/٦).

(٢) ينظر: عيون المسائل: ص٤٤٨، والبحر الرائق: (٧١/٦).

(٣) ينظر: المجموع: (١١٦/١٢)، والعزيز: (٢٢٤/٥).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) لزم الشيء لزوماً: ثبت ودام ووجب عليه، يقال: لزمه الغرم، وهو ضربان: إلزام بالتسخير من الله، أو بالقهر من الإنسان، وإلزام بالحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ﴾ [الفتح: ٢٦]، ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف: ص٨١، والمعجم الوسيط: (٨٢٣/٢).

(٦) ينظر: المبسوط: (٩٣/١٣)، والنهر الفائق: (٤١٣/٣).

(٧) في (ب): (خلافاً لمحمد).

باب البيع الفاسد

[لُقب الباب به، وإن كان فيه الباطل وغيره؛ لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه][(١)]، اعلم أن البيع على أربعة أقسام:

١ ـ صحيح: وهو ما تقدم بيانه، وأنه يفيد المِلْك للمشتري بمجرد العقد، ويتم بالقبض.

٢ ـ وباطل: وهو لا يفيد المِلْك ولا يتم بوجه لبيع الحر.

٣ ـ وموقوف: وهو بيع الفضولي وبيع الشريك في حصة شريكه، وهو موقوف على إجازة المالك؛ فيصح إذا أجازه، ويثبت المِلْك للمشتري خلافاً للشافعي[(٢)].

٤ ـ وفاسد: وهو الذي عقد المصنِّف الباب لأجله، وهو يفيد المِلْك بالقبض كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى[(٣)].

والمصنِّف ابتدء ببيان البيع الباطل؛ لأنَّه كحال جنسي بين البيوع، فوجب تخلية البحث عنه كما لا يخفى، قال المصنِّف: **(بيع مَا لَيْسَ بِمَال)**؛ أي: [بعته بيعاً، **(وَالْبيع بِهِ)**][(٤)]؛ أي: جعله ثمناً بإدخال الباء عليه

(١) سقط من: (ب).

(٢) بيع الفضولي باطل عند الشافعي في الجديد، وفي القديم موقوف على الإجازة. ينظر: المجموع: (٩/٢٦٠)، والنجم الوهاج: (٤/٤٢).

(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٢٠، والجوهرة النيرة: (١/٢٠٠).

(٤) في (ب): (أي: جعله مبيعاً).

(بَاطِل) لا يصح العقد عليه، ولا به، وذلك (كَالدَّمِ وَالْميتَة) التي ماتت حتف أنفها، (وَالْحُرِّ)[١]؛ لأن ركن البيع: وهو مبادلة المال بالمال معدوم في هذه؛ لأنها لا تعد مالاً عند أحد، فلا يثبت المِلْك فيه؛ (وَكَذَا بيع أم الْوَلَد وَالْمُدبر) والمراد به: المدبر المطلق، وهو أن يقال: أنت عبدي، فإن مت، فأنت حر دون المدبر المقيد، وهو أن يقال: إن مت في هذا المرض، فأنت حر، فإنَّه يجوز بيعه بالاتفاق، [وقال الشافعي: يجوز بيع المدبر المطلق[٢]][٣].

(وَكَذَا بيع الْمكَاتب) أما أم الولد والمدبر المطلق؛ فلأنهما استحقا العتق بأمر كائن لا محالة؛ أعني: موت المولى، فأشبها الحر، وأمّا المكاتب؛ فلأنه استحق يداً على نفسه بعقد الكتابة، فلا يتمكن المولى من فسخه، وفي بيعه إبطاله (إِلَّا أَن يُجِيزهُ)؛ يعني: لو أجاز المكاتب بيع نفسه؛ فإنَّه ينفذ البيع فيه ويجوز؛ لأنَّه بالإجازة يصير كأنه عجز نفسه، وإذا عجز نفسه يعد وقفاً ويجوز بيعه، فإذا بيع قبل الإجازة، ثم أجازه لا ينفذ في الصحيح[٤].

(وَكَذَا [بيع][٥] مَال غير مُتَقَوّم) [على ما ذكر في التلويح ضربان:

١ ـ عرفي، وهو بالإحراز فقيد المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم، ٢ ـ وشرعي وهو بإباحة الانتفاع به، وهو المراد ههنا منفياً][٦] (كَالْخمرِ وَالْخِنْزِير بِالثّمن)؛ لأنهما ليسا بمال في حقّنا[٧]، (وَبيع) من؛

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٢٠، والبناية: (١٤١/٨).
(٢) ينظر: الوسيط فى المذهب: (١٨٤/٣)، المجموع: (٢٤٤/٩)، وكفاية النبيه: (١٦/٩).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (٤٥/٤)، والبناية: (١٤٢/٨ ـ ١٤٣).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: (٤٥/٤)، والبحر الرائق: (٢٧٧/٥).

[أي: عبد، في الصحاح: (قن): عَبدٌ مُلِكَ أبواه، ويستوي فيه الواحد والاثنـان والجمع والمذكَّر والمؤنث][(١)] (ضم إِلَى حر، وذكية ضمت إِلَى ميتَة).

فالبيع في [القِن[(٢)]][(٣)] والذكية باطل؛ لأَنَّ الصفقة واحدة، والحر والميتة لا يدخلان تحت العقد؛ لعدم ماليتهما؛ ومتى بطل البيع في البعض بطل في الكل ضرورة؛ لعدم تجزُّؤ الصفقة، (وإِنْ بَيَّن ثمن كل)؛ أي: كل واحد من القن والذكية لما ذكرنا، وهذا عند أبي حنيفة (وَعِنْدَهُمَا يَصح) البيع (فِي العَبْد والذكية[(٤)] إن بَيَّن الثّمن)، وعَيَّن لكل منهما مقداراً؛ لأَنَّ الصفقة متعددة معنى بتفصيل الثمن، فلا يسري الفساد من أحدهما إلى الآخر[(٥)]، فصار كما لو جمع بين أخته وبين أجنبية في عقد النكاح صح في الأجنبية، ولأبي حنيفة: إن النكاح لا يبطل بالشروط المفسدة، والبيع يبطل بها، فافترقا.

(وَصَحَّ فِي قن ضم إِلَى مُدبر، أَو) أم ولد، أو مكاتب، أو (إِلَى قن غَيره)؛ أي: البائع (بِالْحِصَّةِ)؛ لأن المدبر محل للبيع عند البعض، فيدخل في العقد، ثم يخرج، فيكون البيع بالحصة في البقاء دون الابتداء، وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل مع رعاية حق المدبر، وعبده الغير محل للبيع، فيدخل في البيع، ويتوقف على إجازة المِلْك، فصح في مِلْك نفسه بحصة من الثمن.

(وَكَذَا فِي مِلْك ضم إِلَى وقف فِي الصَّحِيح)، احترز به عما قيل: الوقف غير مملوك لأحد، فصار ضم المِلْك إليه كضمّه إلى الحر، وجه

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر خليج البحار: ص٤٠٣.
(٣) في (ب): (في الفرع).
(٤) من الذكاة؛ أي: الذبح أو النحر، وفي الحديث: «ذكاة الجنين ذكاة أمه». ينظر: المعجم الوسيط: (٣١٤/١).
(٥) ينظر: المحيط البرهاني: (٣٥١/٦)، وتبيين الحقائق: (٦٠/٤).

الصحيح: أن المِلْك المضموم إلى الوقف مال في نفسه[(١)]، هذا الذي ذكر من أول الباب إلى ههنا أحوال البيع الباطل وتفريعاته، وتمييز ما هو باطل عما ليس بباطل، وسيأتي حكمه في الفصل الآتي إن شاء الله تعالى.

ثم إنه شرع في بيان البيع الفاسد، حيث قال: (وَبيع الْعرض): هو المتاع القيمي (بِالْخمرِ) ونحوه مما هو مال غير متقوم؛ أي: جعل الخمر ثمناً للعرض، (أَو بِالْعَكْسِ)؛ أي: جعل العرض ثمناً للخمر، كلاهما بيع (فَاسد)، لوجود حقيقة البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فإن الخمر مال عند البعض؛ أعني: عند أهل الذمة[(٢)]؛ إلّا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه، وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزازٌ له[(٣)].

(وَكَذَا بَيْعه بالخنزير)؛ أي: بيع العرض بالخنزير بجعل الخنزير ثمناً له بيعٌ فاسد لما ذكرنا، [وإنَّما خص كون البيع فاسداً بهذا الوجه؛ لأَنَّ في عكسه يكون [٢٤٦/أ] البيع باطلاً، والفرق أن ٱلأثمان لا يقصد لذاتها، بل لكونها وسيلة إلى حصول المبيع، فإذا جعل الخنزير مبيعاً والعرض ثمناً؛ يلزم إعزاز الخنزير، وهو منتهى عنه، بخلاف جعل العرض مبيعاً، والخنزير ثمناً، حيث لا يلزم إعزازه، فكان الأول باطلاً، والثاني فاسداً][(٤)].

(وَلَا يجوز بيع طير): جمع طائر، وقد يقع على الواحد (فِي الْهَوَاء)؛ لأنه غير مملوك قبل الأخذ، فيكون باطلاً[(٥)]، وكذا لو كان وقت البيع في يده، ثم أرسله قبل التسليم، فيكون فاسداً؛ لأَنَّ البيع لا يتم إلّا به، ولا يجوز بيع (وسمك لم يصد)؛ لأنه باع ما لا يملكه، كالطير في الهواء، (أَو صيد) على صيغة المجهول (وَأُلْقِي فِي حَظِيرَة) وهي بالحاء

---

(١) ينظر: درر الحكام: (٢٥٠/٦)، والنهر الفائق: (٤١٥/٣).

(٢) أهل الذمة: هم المعاهدون، والذمة يقال لها: العهد، ومنه قوله ﷺ: «لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده»؛ أي: لا يقتل ذو ذمة من المعاهدين في ذمته؛ أي: ما دام متمسكاً بذمته، والعهد أيضاً: الأمان. ينظر: الزاهر: ص٣٥٧.

(٣) ينظر: درر الحكام: (٢٥٠/٦)، والنهر الفائق: (٤١٧/٣)، والعناية: (٤٠٥/٦).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: العناية: (٤١٠/٦)، ودرر الحكام: (٢٦٢/٦).

المهملة والظاء رواية، وبالفاء مكان الظاء رواية، وأياً ما كان، فهي موضع مجتمع فيه الماء لا يمكن خروج السمك منه، لكن (لَا يُؤْخَذ مِنْهَا)؛ أي: من تلك الحظيرة (بِلَا حِيلَة)؛ لأنه غير مقدور التسليم (أَو دخل)؛ أي: السمك (إِلَيْهَا)؛ أي: إلى الحظيرة (بِنَفسِهِ، وَلم يسد مدخله)؛ لما رُوي أنه - ﷺ - نهى عن بيع الغرر[1]، والمراد بالمدخل: الموضع الذي يدخل منه السمك من البحر إلى الحظيرة؛ فإِنَّه إذا دخل بنفسه، ولم يسد طريقه يرجع، وليس فيه ملك يوجه، وإن سدّ مدخله حتى بقي محصوراً لا يمكن فراره؛ فيجوز؛ لأَنَّ السّد منه فعل موجب للمِلْك، (وإِنْ صيد)، من البحر ونحوه (وَأُلْقِي فِيهَا)؛ أي: في الحظيرة، (وَأمكن أَخذه) منها (بِلَا حِيلَة؛ صَحَّ)، بيعه؛ لأَنَّه باع ما هو مقدور التسليم، (وَلَا) يجوز (بيع الْحمل) هو مصدر، سُمّي به ما في بطن الحامل من الولد؛ لأَنَّه مشكوك الوجود[2]، (أَو النِّتَاج) ما سيولد سواء كان موجوداً في البطن أو مترقباً حصوله؛ لأَنَّ النبي - ﷺ - نهى عن بيع الحبل، وحبل الحبلة[3]، والحبل بمعنى الحمل، وحبل الحبلة نتاج النتاج، وكانوا يتعاملون بذلك في الجاهلية، فيقول أحدهم: بعتك ولد ولدنا، فمتى أن كان أنثى، ولذلك دخلت التاء في الحبلة، وهذا ضرر؛ لأَنَّه معدوم، وهو ليس بمال.

ولا يجوز بيع (وَاللَّبن فِي الضَّرع)، فإن فيه ضرراً حيث لا يعلم أنه دم أو ريح، فيكون مشكوك الوجود، فلا يكون مالاً[4]، (وَكَذَا) لا يجوز بيع (اللُّؤْلُؤ[5] فِي الصدف)؛ لأَنَّه مجهول لا يعلم وجوده ولا قَدْره، ولا يمكن تسليم إلّا بضرر، وهو كسر الصدف، (وَالصُّوف) حال كونه (على ظهر الْغنم)؛ لوقوع التنازع في موضع القطع (خلافاً لأبي يُوسُف فيهمَا)؛

(١) رواه مسلم: (٣/٥)، برقم ٣٨٨١.
(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٣، ودرر الحكام: (١٧٠/٦).
(٣) رواه مسلم (٥/٥)، برقم ٣٨٨٢.
(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٣، ودرر الحكام: (١٧٠/٦).
(٥) اللؤلؤة: الدرة، والجمع اللؤلؤ واللآلئ. قال الفراء: سمعت العرب تقول لصاحب اللؤلؤ: لآل. ينظر: الصحاح: (١٦٧/١).

أي: في بيع اللؤلؤ في الصدف، والصوف على ظهر الغنم، فإنَّه لا يجوز البيع فيهما عنده[١]، أما في الصدف؛ فلأنه لا ينتفع به إلّا بالكسر، فلا يعد ضرراً، وأمّا في الصوف؛ فلأنه مقدور التسليم في الحال بالقبض.

(وَلَا) يجوز **(بيع اللَّحْم فِي الشَّاة)**؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلّا بضرر لا يسحق عليه[٢]، (و)لا يجوز بيع][٣] **(ضربة القانص)** هو ـ بالقاف والنون ـ الصائد، وصورتها أن يقول: اشتريت منك ما يخرج بضرب الشبكة مرة من السمك بكذا، أو ما نصب من الصيد بسهمك بكذا؛ لأَنَّه مجهول، ولأن فيه ضرراً (و)لا بيع **(جذع فِي سقف)**؛ يعني: الجذع المعين؛ لأنَّ غير المعين لا يعود صحيحاً[٤]، **(وذراع من ثوب)** [أطلقه كما في الهداية[٥]، ولم يقيده بما يضره التبعيض؛ لأنَّ الحاجة إليه في الكرباس، وأمّا الثوب؛ فلا يخلو تبعيضه عن ضرر][٦]، **(وَإِن)** ـ وصلية ـ **(ذكر قطعه)**؛ أي: سواء ذكر البائع قطع الزرّاع، **(فَلَو قلع الْجذع)** أو لم يذكره؛ لأنَّه لا يمكن تسليمه إلّا بضرر، وهو مرفوع، فلو قلع البائع الجذع، **(أَو قطع الذِّرَاع، وَسلم)** المبيع إلى المشتري **(قبل الْفَسْخ)**؛ أي: قبل أن يحكم بفسخ البيع، **(عَاد صَحِيحاً)**، لزوال المفسد قبل تقرره بإقرار المبيع وتسليمه؛ لأَنَّه يكون قد رضي بتحمل الضرر.

(وَلَا) يجوز بيع **(الْمُزَابَنَة)**[٧]، من الزبن ـ بالزاء المعجمة والباء الموحدة ـ وهي الدفع، وسُمّي هذا النوع من البيع بها؛ لأنها تؤدي إلى النزاع والدفاع، **(وَهِي بيع الثَّمر)** ـ بالثاء المثلثة ـ القائم **(على)** شجر

---

(١) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٣، والنهر الفائق: (٤٢١/٣).
(٢) ينظر: الاختيار: (٢٤/٢)، وبدائع الصنائع: (١٣٩/٩).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: الاختيار: (٢٤/٢)، والبحر الرائق: (١٣٥/٦).
(٥) ينظر: الهداية: (٢٥/٣).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) المزابنة: هي بيع الرطب على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله تقديراً. ينظر: التعريفات: ص٢٧٠، والفائق في غريب الأثر: (٢٩٨/١).

(النّخل بِتَمْر) ـ بالتاء والمثناة من فوق ـ (مجذوذ) ـ بالجيم والذالين المنقوطتين أو المهملتين ـ بمعنى: المقطوع، (مثل كَيْله) حال عن الثمر (خرصاً) ـ بفتح الخاء المعجمة والراء والصاد المهملتين ـ الحرز والتخمين، ونصبه لكونه تمييزاً عن المثل.

ولا بيع[١] (والمحاقلة: وَهِي بيع الْبر) حال كونه (فِي سنبله ببر مثل كَيْله خرصاً)[٢]، وصورة الأول: أن يقول: بعتك الثمر الذي على هذه النخلة، وهو صاع على قول المخمنين: بصاع تمر مقطوع، وصورة الثاني: أن يقول: بعتك ما في هذه الأرض من الحنطة القائمة في سنبلها، وهي كثر بقولهم: بكر حنطة صاف، فيقبل الآخر، وكلاهما غير جائز؛ لأَنَّ النبي ـ ﷺ ـ نهى عن المزابنة والمحاقلة[٣]، وهما ما ذكرنا[٤].

(وَلَا) يجوز (البيع بالملامسة[٥]، و)لا (المنابذة)[٦]، (و)لا (إلقاء الْحَجَر)، هذه بيوع كانت في الجاهلية، ففسدت؛ لأَنَّ الانعقاد تعلق بهذه الأفعال، فتكون كالقمار، وقد روى أبو هريرة أنه ـ ﷺ ـ «نهى عن بيع الحصاة واللماس والنباذ»[٧]، ثم إنه فسر البيوع الثلاثة على طريق اللف

---

(١) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٣، والنهر الفائق: (٤٢٢/٣).

(٢) ينظر: التعريفات: ص٢٠٥، والزاهر: (٢٠٥/٢)، والمغرب: (٢١٧/٢).

(٣) رواه البخاري (٧٥/٣)، برقم ٢١٨٣، عن أنس ﷺ بلفظ: «نهى النبي ﷺ عن المزابنة والمحاقلة».

(٤) ينظر: المبسوط: (١٩٣/١٢)، واللباب: (٥٦٧/٢).

(٥) هي أن يقول الرجل للرجل: إذا لمستَ الثوب من قبل أن تنشره وتعرفه، فقد وجب البيع. ينظر: التعريفات الفقهية: ص٢١٦، والزاهر: (٢٥٧/٢) والمغرب: (٢٨٣/٢).

(٦) هي أن يقول الرجل للرجل: إذا نبذت إليك الحصاة فقد وجب البيع. ينظر: التعريفات الفقهية: ص٢١٧، والزاهر: (٢٥٧/٢) والمغرب: (٢٨٣/٢).

(٧) رواه مسلم، (٤/٥)، برقم ٣٨٨١، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، بلفظ: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر)، وأخرج البخاري عن أبي هريرة ﷺ قال: (نهي عن لبستين أن يحتبي الرجل في الثوب الواحد، ثم يرفعه على منكبه، وعن بيعتين: اللماس والنباذ). ينظر: صحيح البخاري: (٧٠/٣)، رقم ٢١٤٥.

والنشر المرتب[١] بقوله: (بِأَن يتساوما)؛ أي: البائع والمشتري يتكلما في (سلْعَة)؛ أي: شيء من المبيعات، (فَيلْزم البيع لَو لمسها الْمُشْتَرِي) هذا تفسير بيع الملامسة، (أَو وضع عَلَيْهَا حجراً)، أو نحوها، وهذا تفسير إلقاء الحَجَر (أَو نبذها إِلَيْهِ البَائِع)؛ أي: ألقى السلعة إلى المشتري، وهذا تفسير المنابذة، وذلك بعد قول البائع: بعت هذا بكذا، وقول المشتري: اشتريت بكذا، فحيثما بلغ كل منهما ووقع أحد الثلاثة المذكورة لزم البيع بذلك الثمن في تلك السلعة، وقام ذلك مقام الإيجاب والقَبُول.

(وَلَا) يجوز (بيع ثوب من ثَوْبَيْنِ)؛ يعني: لو قال: بعت منك أحد هذين الثوبين من غير تعيين لجهالة المبيع (إِلَّا بِشَرْط أَن يَأْخُذ) المشتري (أَيهمَا شَاءَ)، فيجوز الاشتراط خيار التعيين، (وَلَا يجوز بيع المراعي) جمع مرعى: الدواب[٢] كالمولى، والمراد به: بيع الكلأ النابت في الأرض لا نفسها[٣]؛ لأَنَّ [الكِلَأَةَ[٤]][٥] ليس بمملوك له، أو لا يملك نباته في أرضه ما لم يحرزه بقوله - ﷺ - «الناس شركاء في الثلاث: في الماء، والكلأ، والنار»[٦]، وهو محمول على أنه إذا لم يحرزه ونبت الحشيش بنفسه، وإن أنبته صاحب الأرض بأن سقاها أو خندق حولها أو بينها للإنبات ملكها، وجاز بيعه، (وَلَا إِجَارَتهَا)؛ أي: المراعي؛ لأنها عقدت على استهلاك عين مباح[٧].

---

(١) ينظر: الهداية: (٣/٤٥)، والمعتصر من المختصر من مشكل الآثار: (١/٣٤٤).
(٢) ينظر: المصباح المنير: (١/٢٣٨).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٤٨)، والنهر الفائق: (٣/٤٢٤).
(٤) والكلأ: العشب رطبه ويابسه. ينظر: المعجم الوسيط: (٢/٧٩٤).
(٥) في (أ): (الكل).
(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى: (٦/١٥٠)، برقم (١١٦١٢)، باب: ما يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة، بلفظ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والكلأ، والنار»، وقال العسقلاني: رجاله ثقات. ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: (٢/٢٤٦).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٤٨)، ودرر الحكام: (٦/٢٦٨).

(ولا) يجوز بيع (النَّحْل)، بفتح النون وسكون الحاء المهملة؛ حيوان يحدث منه العسل (بِلَا كوارات) جمع كوّارة، بالضم وتشديد الواو ويُروى بالفتح أيضاً، وهو مكان العسل من طين أو خشب[(١)]، وهذا عند الشيخين (خلافاً لمُحَمد)، فإنَّه يقول: يجوز [أ/٢٤٧] بيع النحل إذا كان محرزاً بمكان نحو شجرة أو صخرة[(٢)]، وهو قول الشافعي؛ لأَنَّه حيوان ينتفع به، فيجوز بيعه[(٣)]، ولهما: إنه من الهوام، فلا يجوز بيعه، ولا الانتفاع إنَّما هو بما يخرج منه لا بعينه، فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج، وفي الذخيرة، وغيرها: الفتوى على قول محمد.

(وَلَا) يجوز بيع (دود القز)[(٤)] ـ بفتح القاف وتشديد الراء المعجمة ـ ما يصنع الحرير (وبيضه)؛ أي: بيض الدود الذي يخرج منه عند أبي حنيفة؛ لأَنَّه من الهوام والحشرات، [وإذا لم يخرج مع عينه مع أن القز والحرير يظهر منه قبضه الذي ليس كذلك أولى بأن لا يجوز بيعه][(٥)]، (وَعند أبي يُوسُف: يجوز فِي الدُّود)؛ يعني: يجوز بيعه[(٦)].

(إِذا كَانَ مَعَ القز، وَفِي الْبيض عَنهُ)؛ أي: عند أبي يوسف (قَوْلَانِ) في قول: لا يجوز بيعه كما هو عند أبي حنيفة، وفي قول: يجوز كما هو عند محمد، (وَعند مُحَمَّد: يجوز بيعهمَا)؛ أي: الدود

---

(١) ينظر: المعجم الوسيط: (٢/٨٠٤)، ومعجم لغة الفقهاء: ص٣٨٦.
(٢) ينظر: عُيُون الْمَسَائِل: ص ١٣٨، ومنحة السلوك في شرح تحفة الملوك، بدر الدين العيني: ص٣٨٣، والنهر الفائق: (٣/٤٢٥).
(٣) ينظر: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: (٢/٤٠٣).
(٤) دود القز من الحشرات، والقز نوع من الإبريسم معرب. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع: ص٢٧٢.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: العناية: (٦/٤٢٠)، والنهر الفائق: (٣/٤٢٥).

والبيض مطلقاً؛ أي: سواء كان مع القز أو لا؛ لمكان الضَّرورة، وحاجة الناس إليه[(١)]، أما الدود، فلأن القز يظهر منه، والحرير يحصل عنه، وهو منتفع به، وأمّا بيضه؛ فلأنه بزره، وأصله، فكان كبزر البطيخ ونحوه، (وَهُوَ الْمُخْتَار)[(٢)]؛ أي: قول محمد هذا هو المأخوذ للفتوى[(٣)]؛ لأَنَّه أرفق وأوفق؛ إذ هو سبب وجود الحرير، ولا يوجد سياحاً بوجه، [فلو لم يجز بيعه، لفات كثير من المصالح بسببه، والأمر إذا ضاق اتّسع][(٤)].

(وَلَا) يجوز (بيع الْآبِق) حال إباقه لنهي النبي - ﷺ - عن بيعه، ولعجزه عن تسليم (إِلَّا مِمَّن يزْعم أَنه عِنْده)؛ لأن المنهي عنه بيع آبقٍ مطلقٍ، وهو الذي يكون آبقاً بالنسبة إلى المتعاقدين، وهذا غير آبق في حق المشتري؛ لاعترافه بكونه عنده؛ ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن تسليمه، وهو المانع عن الجواز، فلو قال: هو عند فلان فبعه مني، لم يجز؛ لأَنَّه آبق في حق المتعاقدين، ثم إنه لو بيع حال إباقه يكون البيع فيه فاسد[(٥)]، (فَإِن عَاد قبل الْفَسْخ)؛ أي: قبل أن يفسخ ذلك البيع قيل: إنه (لَا يَنْقَلِب صَحِيحاً، وَقيل): إنه (يَنْقَلِب) وجه الأول: وهو رواية مشايخ بلخ[(٦)]، وهو ظاهر الرواية: أن البيع وقع باطل؛ لانعدام محله، كبيع الطير في الهواء، والباطل لا ينقلب صحيحاً بوجه من الوجوه، ووجه الثاني أن البيع قد انعقد لقيام المالية في نفس الأمر، والمانع قد ارتفع؛ أعني: العجز عن التسليم، ثم

---

(١) ينظر: المصدران السابقان، ولعل الراجح هو ما عليه الفتوى من قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهو جواز بيع الدود والبيض مطلقاً؛ أي: سواء كان مع القز أو لا؛ للضرورة وحاجة الناس.

(٢) قوله: (وهو المختار)؛ أي: على نحو الأشبه والأوجه. ينظر: رد المحتار: (٧٢/١).

(٣) ينظر: عُيُون المسائل: ص١٣٨، والعناية: (٤٢٠/٦).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: الهداية: (٤٥/٣)، والمحيط البرهاني: (٣٤٤/٦).

(٦) ينظر: خليج البحار: ص٢٢٨.

رجع، وهذه الرواية ذكرها الكرخي[(١)] في مختصره، وهكذا روي عن محمد.

(وَلَا) بيع (لبن امْرَأَة، وَلَو) كان (بعد الْحَلب)؛ لأنه جزء آدمي مكرّم، وفي البيع إهانة به، فلا يجوز، ولا فرق في ظاهر الرواية: بين لبن الحرة ولبن الأمة، (وَعند أبي يُوسُف: يَصح) البيع (فِي ابْن الْأمة)؛ لأن عقد البيع يجري على كلها ويصح، وكذلك على جزئها[(٢)]، [قلنا: الرق إنَّما يقع على نفسها؛ لأنها محل القوة والحياة، واللبن ليس كذلك، فلا يسري إليه الرق والتملك][(٣)].

(وَلَا) يجوز بيع (شَعَر الْخِنْزِير)؛ لأَنَّه نجس العين، فلا يجوز بيعه إهانة له، (وَلَكِن يُبَاح الانتفاع بِهِ للخَرْز) ـ بالخاء المعجمة والراء المهملة ثم المعجمة ـ (ضَرُورَة)، فإن خرز النعال والخفاف لا يتأدى بدونه، ولا يوجب ذلك جواز بيعه؛ لأَنَّه يوجد مجاناً، فلا ضرورة إلى بيعه[(٤)]، كذا قالوا، [أقول هذا في زمانهم، وأمّا في زماننا، فلا حاجة إليه، كما لا يخفى][(٥)].

(وَيفْسد المَاء الْقَلِيل) لو وقع فيه (عِنْد أبي يُوسُف) وهو المختار، (لَا عِنْد مُحَمَّد)، هو يقول: طلاق الانتفاع به للضرورة، والضرورة تُقَدَّر بقَدْرها، فلا يظهر إباحة الانتفاع إلّا في حال الاستعمال، وحال الوقوع خارجة عن ذلك، فلا يتعدى إليها[(٦)]، ولا يجوز (بيع شَعَر الْآدَمِيّ، وَلَا الِانْتِفَاع بِهِ، وَلَا بِشَيْء من أَجْزَائِهِ)؛ لكرامته، (لَا) يجوز (بيع جُلُود الْميتَة)

---

(١) ينظر: خليج البحار: ص١٥٣.
(٢) ينظر: الهداية: (٣/٤٦)، والعناية: (٦/٤٢٣).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: البناية: (٨/١٥٦)، ومنحة السلوك: ص٤٨، والنهر الفائق: (٣/٤٢٧).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٥١)، والعناية: (٦/٤٢٥).

من غير ذكاة (قبل الدّباغ)[١].

لقوله ـ ﷺ ـ: «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب»[٢]، وهو اسم لغير المدبوغ، (وَيجوز بعده)؛ أي: بعد الدباغ، فإن الرطوبات النجسة تزول عنها به، (وَينْتَفع بِهِ)؛ أي: بالجلد المدبوغ، (وَيُبَاع عظمها)؛ أي: عظم الميتة، (وَينْتَفع بِهِ) بعد اليبس؛ لأَنَّه لم يبقَ فيه أثر النجاسة، وهي الرطوبات التي لا يخلو عنها بدن الحيوان لزوالها بالدبغ واليبس، (وَكَذَا عصبها وقرنها وصوفها، وشَعَرها، ووبرها)؛ لأنها طاهرة؛ إذ لا يحلها الموت لعدم الحياة فيها[٣]، وقد مر، والضمائر كلها للميتة، الشَّعَر للإنسان وغيره، والصوف للغنم، والوبر للإبل.

(وَكَذَا عَظْم الْفِيل)؛ أي: يجوز بيعه والانتفاع به عندهما كعظام سائر الحيوانات (خلافاً لمُحَمد)؛ لأَنَّ الفيل عنده كالخنزير نجس العين بكل أجزائه، والمختار قولهما[٤]، (وَلَا يجوز بيع علو سقط) وصورته: إذا كان السفل مِلْكاً لرَجل والعلو مِلْكاً لآخر، فسقطا معاً أو سقط العلو وحده، فأراد صاحب العلو أن يبيع مكانه؛ لم يجز؛ لأَنَّ له حق التعلي لا غير، وهو ليس بمال؛ إذ المال لا يمكن إحرازه، وهو محل البيع وموضع العلو فيما نحن فيه موهوم معدوم، وأمّا صحة بيعه قبل الانهدام؛ فباعتبار البناء القائم[٥].

(وَلَا) يجوز بيع (المسيل)، وهو الموضع الذي يسيل فيه ماء المطر

---

(١) هو ما يدبغ به الجلد ليصلح. ينظر: المعجم الوسيط: (٢٧٠/١).

(٢) رواه الترمذي: (١٣٦/٣)، برقم ١٧٨٣، بلفظ: «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب» وقال: حديث حسن.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (٥١/٤)، والعناية: (٤٢٦/٦).

(٤) ينظر: عيون المسائل: ص١١، والنهر الفائق: (٤٣٠/٣).

(٥) ينظر: البحر الرائق: (٨٨/٦)، والنهرالفائق: (٤٣٠/٣).

ونحوه فوق السطح أو على وجه الأرض[١]؛ لأَنَّه ليس بمعلوم؛ إذ لا يدري قَدْر ما يشغله من الماء، فلا يجوز بيعه، **(وَلَا هِبته وصحَّا)** البيع والهبة **(فِي الطَّرِيق)**؛ لأنه معلوم بالطول والعرض، وإن لم يُبين؛ فَمُقدَّر بعرض باب الدار العُظمىٰ، فيجوز فيه البيع والهبة.

(وَلَا) يجوز **(بيع شخص على أنَّه أمة، فَإِذا هُوَ عبد)**، وكذا عكسه استحساناً، والقياس: الجواز[٢]؛ لأَنَّ اختلاف الوصف في الحيوان يوجب الخيار لا الفساد كما في البهائم، وجه الاستحسان: أن الذكر والأنثى في بني آدم جنسان مختلفان؛ لتفاحش التفاوت في المقاصد، فلا يصح البيع بخلاف البهائم؛ لقلة التفاوت، **(وَلَو بَاعَ كَبْشاً، فَإِذا هُوَ نعجة؛ صَحَّ)** البيع لما ذكرنا، **(وَ)**لكن **(يُخَير)**، المشتري إن شاء قبل، وإن شاء فسخ البيع؛ لفوات وصفية الكبشية، [خلافاً للشافعي[٣]][٤].

(وَلَا) يجوز[٥] **(شِرَاء)** رَجل بنفسه أو بمن لا تصح شهادته له **(مَا بَاعَ)** ذلك الرَّجل أو وكيله **(بِأَقَلّ مِمَّا بَاعَ)** به ذلك الرَّجل، أو وكيله **(قبل نقد الثّمن)** الأول، والظرفان متعلقان بالشراء، وصورته: اشترى سلعة بألف درهم حالة أو نسيئة، فقبضها، ثم باعها من البائع بخمسمئة قبل نقد الثمن لا يجوز البيع الثاني[٦]، [وقال الشافعي: يجوز؛ لأَنَّ المِلْك فيها قد تم بالقبض، فصار البيع من بائعه، ومن غيره سواء، وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول

---

(١) ينظر: المعجم الوسيط: (٧٨٠/٢)، ومجمع الأنهر: ٢٦٩/٥.
(٢) ينظر: العناية: (٤٣٠/٦)، والبحر الرائق: (٨٩/٦)، والنهر الفائق: (٤٣٠/٣).
(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: (٨١/٧)، والنجم الوهاج: (٢٧٠/٦).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: العناية: (٤٣٢/٦)، والنهر الفائق: (٤٣١/٣).
(٦) ينظر: الهداية: (٤٧/٣)، والعناية: (٤٣٣/٦).

أو بالزيادة أو بالعرض[(١)]، لنا][(٢)]: ما رُوي أن امرأة اشترت من زيد بن أرقم جارية بثمَانمئة، وباعته منه قبل نقد الثمن لستمئة درهم، فأخبرت المرأة عائشة ـ رضي الله عنها ـ بذلك، فقالت: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى [أ/٢٤٨] أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب[(٣)]، [هذا إذا كان المبيع لم ينقص ذاتاً، واتخذ الثمنان جنساً، والدينار جنس الدراهم، ولفظ الأقل يشير إلى أنه لو اشترى بأكثر أو بمثله جاز][(٤)].

(**وَكَذَا شِرَاؤُهُ**)؛ أي: [لا يجوز أيضاً شراء رَجل ما، باع هو أو وكيله (**مَعَ غَيره**)][(٥)]؛ أي: مع شيءٍ آخر لم يبعه هو ولا وكيله (**بِثمنِهِ**)؛ أي: بثمن ما باع (**الأول**)، وصف للتوضيح، والأحسن تركه (**قبل نَقده، وَيصِح فِي الْغَيْر بِحِصَّتِهِ**)، وصورته: رَجل باع جارية بخمسمئة، ثم [شراها][(٦)] قبل أن يقبض الثمن من المشتري، اشتراها مع عبد منه بخمسمئة، فالبيع الثاني جائزٌ في العبد بحصته من الثمن، فاسدٌ في الجارية؛ لأَنَّ الخمسمئة تقسيم على الجارية والعبد، فيكون مشترياً للجارية بأقل مما باعها به، وهو غير جائز، كما في الصورة السابقة[(٧)]، [فإن قيل: لما فسد العقد في هذا؛ وجب أن يفسد في الآخر عند أبي حنيفة، كما لو جمع بين حر وعبد، قلنا: إنَّما يكون كذلك أن لو كان الفساد قوياً مجمعاً، كما في بيع الحر، والعبد والفساد هنا ضعيف؛ لأَنَّه مجتهد فيه جائز عند الشافعي[(٨)]][(٩)].

---

(١) ينظر: العزيز: (٨٢/٧)، والمجموع: (٤/١٣).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: السنن الكبرى: (٣٣١/٥)، برقم ١١١١٤، ومصنف عبد الرزاق: (١٨٥/٨)، ورواه الدارقطني في سننه وفيه أم محبة والعالية مجهولتان: (٥٢/٣) رقم ٣٠٤٤.
(٤) سقط من: (ب).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) سقط من: (ب).
(٧) ينظر: درر الحكام: (١٧٢/٢)، والبحر الرائق: (١٧٢/٢).
(٨) ينظر: المجموع: (١٤٩/١٠)، وكفاية النبيه: (٧٤/٩).
(٩) سقط من: (ب).

(وَلَا) يجوز (شِرَاء زَيْت) في ظروفه، (على) شرط (أَنْ يزنه بظرفه ويطرح عَنهُ)؛ أي: عن مبلغ الوزن (لكل ظرف مِقْدَار معِين) من الوزن؛ [لأن مقتضى العقد أن يطرح بإزاء الظرف مقدار وزنه، كما في المسألة التي ذكرها بقوله][(١)]؛ (وَإِن شَرط طرح مثل وزن الظّرْف؛ يَصح وَإِن اخْتلفَا فِي) نَفْس (الظّرْف وَقدْرِه) [بأن اشترى زيتاً في زق[(٢)]، ورد الظرف: وهو عشرة أرطال، وقال البائع الزق غير هذا، وهو خمسة أرطال، فقط][(٣)]؛ (فَالْقَوْل للْمُشْتَرِي) مع يمينه إن لم يثبت البائع؛ [لأن اختلافهما إن اعتبر في الظرف المقبوض، فالقول للقابض ضميناً كان أو أميناً، وإن اعتبر في المظروف فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن الواجب على المشتري، فالقول قوله؛ لأَنَّه ينكر الزيادة[(٤)]][(٥)].

(وَلَو أَمر مُسلم ذِمِّياً بيع خمر أَو شراءها؛ صَحَّ) عند أبي حنيفة (خلافاً لَهما)، وعلى هذا الخلاف الخنزير [قيد بالمُسْلم؛ لأَنَّ الذميّ إذا وكّل مسلماً بشراء خمراً؛ لا يجوز اتفاقاً[(٦)]][(٧)]، (وَكَذَا) الخلاف (لَو أَمر الْمحرم غَيره)؛ أي: غير المحرِم (بِبيع صَيْده)، يصح عنده لا عندهما، لهما: إن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل، ولا ولاية للموكل في التصرف، وكذا وكيله، ولأبي حنيفة: إن العاقد هو الوكيل، فأهليته وولايته، وانتقال [الحكم][(٨)] منه إلى الموكل أمر حكمي، فلا يمتنع بسبب الإسلام، ثم بعد الدخول في مِلْكه يحلل الخمر ويسيب الصيد[(٩)].

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) الزق: السقاء، وجمع القلة أزقاق، والكثير زقاق وزقان مثل ذئب وذؤبان، والزق من الأهب: كل وعاء اتخذ لشراب ونحوه. ينظر: لسان العرب: (٢٨١/٢).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: البحر الرائق: (٩١/٦)، والنهر الفائق: (٤٣٣/٣).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: درر الحكام: (١٧٤/٢)، والنهر الفائق: (٤٣٣/٣).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) سقط من: (أ).
(٩) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٢١، ودرر الحكام: (١٧٤/٢)، والبحر الرائق: (٩١/٦).

(شرى كَافِر عبداً مُسلماً ومصحفاً صَحَّ) شراءه، (وَيجْبر على إخراجهما من مِلْكه) إن لم يسلم[(١)]، [وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأَنَّ في جوازه إذلالاً بهما من جهة مملوكيتهما للكافر[(٢)]، ولنا: إن البيع صدر من أجله مضافاً إلى المحل؛ لأنهما مما يتملك والذمي في التملك والتمليك كالمسلم بحكم عقد الذمة؛ فوجب الانعقاد، ولكن يُجبر على إخراجهما عن مِلْكه ببيع أو هبة بمُسْلم؛ دفعاً للذل المذكور][(٣)]، قيد بالشراء؛ لأَنَّ الكافر لو استأجر مسلماً للخدمة؛ جاز اتفاقاً؛ لأَنَّه يأخذ الأجرة، فيكون عاملاً لنفسه معنًى، ولكنه يُكره؛ لأَنَّ فيه استهانةً صورة، (وَالْبيع بِشَرْط يَقْتَضِيهِ العقد صَحِيح كَشَرط الْمِلْك لِلْمُشْتَرِي)؛ لثبوته بدون الشرط[(٤)].

اعلم أن البيع إذا قرن بشرط، فتارة يكون فاسداً؛ لأَنَّ النبي - ﷺ - نهى عن بيع وشرط[(٥)]، وقد يكون صحيحاً، فلا بد من بيان قاعدة يُعلم منها ما يفسد وما يصح، فنقول: الشروط على أقسام: منها: ما يكون الشرط صحيحاً والبيع صحيحاً، وهو ما يقتضية العقد ويرتضيه الشرع، كما ذكره المصنِّف، [فإن الغرض من عقد البيع بثبوت المِلْك للمشتري.

ومنها: ما يكون الشرط فاسداً والبيع صحيحاً، وهو ما قال المصنِّف][(٦)]: (وَكَذَا)؛ أي: صحيح (بِشَرْط لَا يَقْتَضِيهِ العقد، وَلَا نفع فِيهِ لأحد) من المتعاقدين والمعقود عليه، (كَشَرط أَنْ لَا يَبِيع الدَّابَّة الْمَبِيعَة)، فإن هذا شرط باطل؛ لأَنَّ المشتري إذا ملك الدابة بالشراء؛ فله أن

(١) ينظر: البحر الرائق: (١٨٨/٦)، والنهر الفائق: (٤٣٤/٣).
(٢) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: (٣٤٦/٣).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: درر الحكام: (١٧٤/٢) والبحر الرائق: (٩٢/٦).
(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط: (٣٣٥/٤)، باب: من اسمه عبد الله، برقم ٤٣٦١، وقال: في التلخيص: حديث غريب: (٣٢/٣).
(٦) سقط من: (أ).

يمسكها، وله أن يبيعها[١]، ولا فائدة في عدم بيعها لواحد، فكان وجود هذ الشرط وعدمه سواء، والبيع صحيح.

ومنها: ما يكون الشرط فاسداً ويفسد البيع، وهذا هو الذي نهى النبي - ﷺ - عنه، وبيّنه المصنِّف بقوله: (**وَلَو بِشَرْط لَا يَقْتَضِيهِ العقد، وَ**) لكن كان (**فِيه نفع لأحد الْمُتَعَاقدين**) البائع والمشتري، (**أَو**) كان فيه نفع (**لمبيع يسْتَحق**)؛ أي: يكون المبيع أهلاً لاستحقاق النفع، بأن يكون آدمياً، (**فَهُوَ**)؛ أي: الشرط أو البيع أو كلاهما (**فَاسد**) للنهي المذكور، ومَثَّل له بقوله: (**كَبيع عبد على أنْ يعتقهُ الْمُشْتَرِي**)، وقال الشافعي: يجوز البيع بشرط الإعتاق[٢]، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة[٣]، (**أَو**) أن (**يدبره، أَو يكاتبه، أَو أمة على أَن يستولدها**) المشتري، أما كون هذا الشرط مما لا يقتضيه العقد؛ فظاهر، وأمّا كونه فيه نفع، فإن كان العتق على مال، ففيه نفع للبائع بعدم الرجوع بعينه، وإن كان بغير مال؛ ففيه نفع للعبد؛ لأَنَّه أهلٌ للعتق، وكذلك التدبير والكتابة فيها نفع للمشتري، والاستيلاد فيه نفع للأمة.

(**فَلَو أعْتقهُ الْمُشْتَرِي؛ عَاد البيع صَحِيحاً**)؛ يعني: لو كان البيع وقع بهذا الشرط؛ فإنَّه يكون فاسداً لما ذكرنا، فلو أن المشتري جرى على موجب الشرط؛ انقلب البيع بعد الفساد صحيحاً، (**فتلزم الثّمن**) على المشتري كما في البيع الصحيح عند أبي حنيفة، (**وَعِنْدَهُمَا: لَا يعود**) البيع صحيحاً، بل يبقى على الفساد، (**فتلزم الْقيمَة**)، كما في سائر البيوع الفاسدة[٤]، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(**وكشرط أَن يستخدمه البَائِع شهراً**)؛ أي: لو باع عبداً بشرط أن يخدم البائع شهراً قبل أن يقبضه المشتري أو بعده، (**أَو يسكنهَا**)؛ أي: باع داراً

---

(١) ينظر: والأصل: (٢٠٤/٤)، والبحر الفائق: (٤٣٤/٣).

(٢) ينظر: الأم، للشافعي: (١٠٧/٧)، والمجموع: (٣٦٤/٣).

(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٢، والأصل: (٢٠٤/٤).

(٤) ينظر: الهداية: (٤٨/٣)، والبناية: (١٨٣/٨).

على أن يسكنها البائع مدةً، (أَو) باع شيئاً على أن (لا يُسلِّمهُ إِلَى رَأس الشَّهْر، أَو) بشرط أن (يُقْرضهُ)؛ أي: يقرض (المُشْتَرِي) البائع (درهماً، أَو) بشرط أن (يهدي لَهُ هَدِيَّة، أَو) باعه ثوباً بشرط أن (يقطع البَائِع الثَّوْب، ويخيطه قبَاء أَو قَمِيصاً، أَو) باعه نعلاً بشرط أن (يحذو) البائع (النَّعْل)؛ أي: يجعله حذاء، (أَو يشركهُ)؛ أي: يجعل له شراكاً؛ لأَنَّ كلّاً من المذكورات شرط لا يقتضيه العقد[1]، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، (وَيصِح فِي النَّعْل اسْتِحْسَاناً)؛ لتعامل الناس فيه، وعليه الفتوى.

(وَلَا يجوز بيع أمة إِلّا حملهَا)؛ لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصحّ استثناؤه، والحمل لا يجوز إفراده بالبيع، فكذا استثناؤه، [ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاثة مراتب: الأول: يفسد فيه العقد والاستثناء، [٢٤٩/أ] كالبيع والإجارة والكتابة والرهن، الثاني: العقد منه جائز والاستثناء باطل، كالهبة، والصدقة، والنكاح، والخلع[2]، والصلح[3] عن دم عمد، فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء، وهو الوصية حتى لو أوصى بجارية الإنسان إلا حملاً صح، وكذا لو أوصى بحملها لآخر؛ صح[4]][5].

(وَلَا) يجوز (البيع) بثمن مؤجل (إِلَى النيروز) معرب نوروز، وهو أول يوم عن نزول الشمس في الحمل، وإنَّما لم يجز؛ لأَنَّ النيروز مختلف بين نيروز السلطان، ونيروز الدهاقين، ونيروز المجوس، (والمهرجان)[6]

(١) ينظر: المبسوط: (١٢٢/١٣)، والبحر الرائق: (٩٢/٦).
(٢) الخلع: هو إزالة ملك النكاح بأخذ المال. ينظر: التعريفات: ص١٣٥، وأنيس الفقهاء: ص١٦٢.
(٣) في اللغة: اسم من المصالحة، وهي المسالمة بعد المنازعة، وفي الشريعة: عقد يرفع النزاع. ينظر: التعريفات: ص١٧٦، وأنيس الفقهاء: ص٢٤٥.
(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (٥٨/٤)، والنهر الفائق: (٤٣٦/٣).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) المهرجان: هو عيد من أعياد الفرس، يعيد به في الشهر السابع من شهورهم الشمسية، ويدعى العيد: مهركان، وقد بقي الفرس يحتفلون به في الإسلام، حتى زماننا هذا. ينظر: المفصل في تاريخ العرب: (٣٦٤/٥).

معرب مهركان، وهو أول يوم من نزول الشمس في الميدان، (**وَصَوْم النَّصَارَى وَفطر الْيَهُود**)؛ لأن هذه الآجال مجهولة فتفضي إلى المنازعة، (**إِن لم يعلم العاقدان ذَلِك**) الأوقات، أما لو كان المتبايعان يعرفان ذلك، أو كان التأجيل [إلى][1] فطر النصارى بعدما شرعوا في صيامهم؛ يجوز البيع حينئذ لعدم الجهالة؛ لأَنَّ مدة صومهم بالأيام المعلومة، وهي خمسون يوماً، فبمعرفة أولها يصير آخرها معلوماً، (**وَلَا**) يجوز (**البيع إِلَى الْحَصاد**): ـ بفتح الحاء وكسرها ـ، وهو قلع الزرع في أوانه[2].

(**والدياس**) وهو ـ بالياء ـ دوس السنابل بالحمر ونحوها، ـ وبالراء ـ إمرار الآلات المعلومة عليها؛ ليتميز الحب عن التبن بالتذرية[3]، (**والقطاف**): جزاز ونحوه من الثمار، وقطعها عن الثمر بعد إدراكها[4]، (**والجزاز**) قطع الصوف عن ظهر الغنم[5]، (**وقدوم الْحَاج**): رجوع قافلة الحجاج من الحج[6]، وكل ذلك مما يتقدم ويتأخر، وليس له وقت معين لا يتجاوزه؛ فهي أوقات مجهولة، لا يصح البيع المؤجل بها لما ذكرنا، (**وَتَصِح الْكفَالَة إِلَى هذه الأوقات**)؛ لأن هذه الجهالة يسيرة تتحمل في الكفالة، لكونه تبرعاً بخلاف البيع؛ لأَنَّه مبادلة المال بالمال، فيكون مبناه على المماسكة والمقابضة، بخلاف ما إذا كانت فاحشة، كالكفالة إلى هبوب الريح ونحوه، (**فَإِن أسقط الْأَجَل قبل حُلُوله؛ صَحَّ**) وقال زُفَر: لا يصح؛ لأَنَّه وقع فاسدٌ، فلا ينقلب صحيحاً، ولنا: إن سبب الفساد قد ارتفع بالإسقاط؛ فعاد جائزاً.

(**وَكَذَا لَو بَاعَ مُطلقاً، ثمَّ أَجَّلَ إِلَى هَذِه الْأَوْقَات**)؛ لأنه تأجيل الدَّين، والجهالة في تأجيل الدَّين صحيحة؛ لخلو العقد من المفسد بخلاف ما إذا

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) ينظر: المغرب: ص٢٠٦.
(٣) ينظر: الزاهر: ص١٥٣.
(٤) ينظر: مختار الصحاح: ص٥٦٠، ولسان العرب: (٢٨٥/٩).
(٥) ينظر: المعجم الوسيط: (١٢٠/١).
(٦) ينظر: تبيين الحقائق: (٥٩/٤)، والعناية: (٤٥٣/٦)، ولسان الحكام: ص٣٥٥.

كانت في العقد؛ لأنَّ الجهالة مقارنة، فيفسد[١]، (وَمن بَاعَ نصِيبه من دَار يجوز إن علمه المتعاقدان)؛ أي: إن علما مقدار النصيب المبيع؛ لأنَّه بيع المعلوم (خلافاً لأبي يُوسُف)، فإنَّه يجوز مطلقاً سواء علِما أو لم يعلما؛ لأنَّ هذه الجهالة لا تُفضي إلى المنازعة؛ لأنهما رضيا بذلك، (وَيَكْفِي عِلْم الْمُشْتَرِي) وحده (عند محمد)؛ لأن المبيع يصير له، فيشترط علمه[٢].

❊ ❊ ❊

فصل

في بيان أحكام البيع الباطل والفاسد وما يتعلق بهما من المسائل

فلو (قبض الْمُشْتَرِي الْمَبِيع بيعاً بَاطِلاً بِإِذن بَائِعه لَا يملكهُ) المشتري بوجه؛ لانعدام ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال، والباطل: هو ما كان البدلان أو أحدهما غير مال، وما هو غير مال لا يَقْبل المِلْك والتمليك وإن اتصل به القبض، ولا يفيد مِلْك التصرف؛ لأنَّه يُبتنى على المِلْك، والمِلْك يُبتَنى على العقد الصحيح، أو على القبض في الفاسد، (وَهُوَ)؛ أي: المبيع باطلاً (أَمَانَة فِي يَده)؛ أي: يد المشتري (عِنْد الْبَعْض)؛ أي: بعض المشايخ [أو بعض الفقهاء المجتهدين؛ لأنَّ العقد لما لم يُعتبر صُيِّر إلى القبض بإذن المالك[٣]][٤]، (ومضمون عِنْد الْبَعْض) كذلك بمنزلة المقبوض على سوم الشراء، وهو ما يأخذ المشتري ليريه بعد بيان الثمن، حتى لو لم يبينه البائع، وقال: اِذهب بهذا إن رضيته اشتريته، فذهب به، فهلك، لا يضمن.

---

(١) ينظر: الهداية: (٣/٥٠)، والنهر الفائق: (٣/٤٣٨).
(٢) ينظر: الهداية: (٣/٥٠)، والنهر الفائق: (٣/٤٤٢).
(٣) ينظر: البناية: (٨/١٤٠)، والبحر الرائق: (٦/٨٧).
(٤) سقط من: (ب).

(وَقيل: الأول)؛ أي: القول بأنه أمانة في يد المشتري، (قَول الإِمَام) أبي حنيفة؛ لأَنَّ البائع لما باع ما ليس بمال، وأمر المشتري بقبضه؛ فقد رضي بكونه بغير بدل مال، فلا يضمن المشتري كالمودع، (وَالثَّانِي: قَوْلهمَا)؛ أي: كونه مضموناً على المشتري بالقبض كالمقبوض على سوم الشراء، وقول أبي يوسف ومحمد؛ لأَنَّ البائع لم يرضَ بقبضه مجاناً، حيث عين له ثمناً[1].

وهذا الاختلاف إنَّما حكم بكونه هكذا (أخذاً من الِاخْتِلَاف) بين الإمام وصاحبيه، (فِي مَا لَو بيع مُدبر أَو أم ولد)؛ أي: لو باع أحد عبده المدبّر أو أمته التي استولدها، وسلّم المبيع إلى المشتري (فَمَاتَ فِي يَد مُشْتَرِيه حَيْثُ لَا يضمن) المشتري (عِنْده)؛ أي: عند الإمام أبي حنيفة (خلافاً لَهما)، فإِنَّه يضمن عندهما؛ لأَنَّ جواز بيعهما مجتهدٌ فيه، ألا يرى أنه لو قضى القاضي بجواز بيع المدبّر نفذ، وقد صحّ أن علياً - كرم الله وجه - صرح على المنبر بأنه يرى جواز بيع أم لولد، ولم يرد رجوعه عن ذلك، وهذا المقدار يكفي لوجوب الضمان، ولأبي حنيفة: إن كلّاً منهما استحق العتق بوجه [الحق][2]، فالتحقا بالأحرار، والضمان ينافيه، هذا الذي ذكر إلى هذا المحل حكم البيع الباطل[3].

ثم إنه شرع في بيان البيع الفاسد، فقال: (وَلَو قبض) المشتري (الْمَبِيع بيعاً فَاسِداً بِإِذن بَائِعه) وكان الإذن (صَرِيحاً أَو دلَالَة) أما الصّريح فظاهر، وأمّا الذي هو بطريق الدلالة فقد مثّل له بقوله: (كقبضه فِي مجْلِس عقده)؛ يعني: لو قبضه المشتري في المجلس الذي صدر فيه البيع، والبائع ساكت؛ فهو إذن منه[4]، (وكل) واحد (من عوضيه)؛ أي: عوضي البيع

---

(١) ينظر: البناية: (١٤١/٨)، والبحر الرائق: (٥٦/٦).

(٢) في (ب): (صحيح).

(٣) ينظر: المبسوط: (١٧٦/٣)، وتبيين الحقائق: (٤٥/٤)، والبحر الرائق: (٥٧/٦).

(٤) ينظر: المحيط البرهاني: (٣٠١/٦)، والعناية: (٤٥٩/٦).

وهما الثمن والمبيع (مَال) ـ الواو للحال ـ وهذا القيد احتراز عن البيع الباطل، [إن أريد بالفاسد ما يعمه، وللتأكيد إن أريد به ما يقابله، وفائدته: دفع ما عسى أن يتوهم كون الفاسد بالمعنى الأعم، فيزعم أن البيع بيعاً باطلاً، فلا يصح، ويصير مِلْكاً بالقبض، إليه أشار المصنِّف، وأنت خبير بأنه لا بد من قيد التقويم في جانب المبيع، حتى يخرج جميع أقسام البيع الباطل، فالقيد به لا يصفو عن شوب][1]، (ملكه) المشتري المبيع، إن لم يكن هناك خيار الشرط، (وَلَزِمَه) عطف على (ملكه) (لهلاكه مثله)؛ أي: يلزم المشتري مثل الذي قبضه بالبيع الفاسد.

وفسّر المثل بأنه: (حَقِيقَة) صورةً (أَو معنى)، أو مثله معنًى، أما المثل حقيقةً؛ ففي المثليات حتى لو قبض كُرَّ[2]حنطة مبيعٌ بالبيع الفاسد واستهلكه؛ فإنَّه يلزم كُرَّ حنطة للبائع، وأمّا المثل معنًى؛ بينه بقوله: (كالقيمة فِي القيمي)، فلو قبض عبداً مبيعاً بالبيع الفاسد فأعتقه، أو مات عنده؛ لزمه قيمته للبائع، [وفي كلامه إشارة إلى ما ذكر في الكافي والنوازل][3]؛ لأنَّ المعتبر قيمته يوم القبض كما في الغصب[4]؛ [إذ الضمان به، وقال محمد: يُعتبر يوم التلف؛ إذ تقرر القيمة به][5]، (وَلكُل مِنْهُمَا)؛ أي: المتعاقدين (فَسخه)؛ أي: فسخ البيع الفاسد رفعاً للفساد؛ لأنَّ رفع الفساد عليها حقاً المشرع[6]، [فتكون اللام في قوله: (ولكل منهما)؛ بمعنى (على) كما أفاده الزيلعي[7].

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) الكُر: ـ بضم الكاف والراء المشددة ـ مكيال تَسَع فيه اثنا عشر وَسْقاً. ينظر: التعريفات الفقهية: ص١٨١.
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: البحر الرائق: (٦/١٠١)، والنهر الفائق: (٣/٤٤٢).
(٥) في (ب): (وذكره في الكافي).
(٦) ينظر: المبسوط: (١٣/١٣٥)، والعناية: (٦/٤٦٥)، والنهر الفائق: (٣/٤٤٢).
(٧) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٦٤).

وقال العيني[١]، وغيره: إن اللام على أصلها[٢]، ويؤيد الزيلعي ما قال في البزازية[٣]: وإذا أصرّ البائع والمشتري على[٤]][٥] [أ/٢٥٠] إمساك [فاسد، وعلم به القاضي؛ له فسخه حقاً للشرع، فعلى هذا لو قال: يجب على كل منهما فسخه؛ لكان أفيد (قبل الْقَبْض) دفعاً للفساد؛ (وَبعده)؛ أي: بعد القبض، رفعاً للفساد، و(مَا دَامَ) المبيع (فِي مِلْك الْمُشْتَرِي إِذا كَانَ الْفساد][٦] فِي صلب العقد) وإنَّما قيد به؛ لأنّ الفسخ قبل القبض امتناع عن حصول الفساد؛ ولأنه لم يفد المِلْك في شيء من البدلين بعد.

[فكل من المتعاقدين أن يدفع الفساد، وبالفسخ، إما بحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد، وإما بغير حضرته عند أبي يوسف، وإما بعد القبض، فإنَّما يكون لكل من المتعاقدين فسخه إذا كان الفساد قوياً، بأن يكون الفساد في صلب العقد[٧]، وصلبه ما يقوم به، وهو عبارة عن مجموع البدلين، ولهذا مثل بقوله][٨]: (كَبيع دِرْهَم بِدِرْهَمَيْنِ)، ومَثَّل له أيضاً ببيع ثوب بخمر، أو خنزير، فكل فساد وجد في البدلين أو في أحدهما؛ فهو في صلب العقد، وهو قوي، فلذلك كان لكل من البائع والمشتري فسخه.

---

(١) بدر الدين العيني محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، العيني الحنفي: مؤرخ، علامة، من كبار المحدثين، أصله من حلب ومولده في عينتاب أقام مدة في حلب ومصر من كتبه عمدة القاري في شرح البخاري في أحد عشر مجلداً وغيرها ت٨٥٥هـ ينظر: الأعلام: (١٦٣/٧)، وأبجد العلوم الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم: (١٠٣/٣).

(٢) ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري: (٣٢٠/١).

(٣) ينظر: خليج البحار: ص١٧٨.

(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (٦٤/٤)، والنهر الفائق: (٤٤٢/٣).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) ينظر: البحر الرائق: (١٢٠/٦)، ودرر الحكام: (١٧٥/٢).

(٨) سقط من: (ب).

(وَإِن كَانَ لشرط زَائِد) مفسد، (كَشَرط أنْ يهدي لَهُ)؛ أي: المشتري للبائع (هَدِيَّة)، فحينئذ لا يكون الفسخ لكل منهما مطلقاً، بل فيه تفصيل أشار إليه بقوله: (فَكَذَا)؛ أي: يكون لكل منهما فسخه كما تقدم إن كان (قبل الْقَبْض)؛ لأنه دفع، وهو أهون من الرفع(١).

(وَأما بعده) لو كان بعد القبض يكون العقد قوياً للزومه، وإذا كان كذلك (فالفسخ) إنَّما يكون (لمن لَهُ الشَّرْط) بمحضر صاحبه، (لَا لمن عَلَيْهِ)؛ إذ فيه إبطال حق صاحبه لقدرته على تصحيح العقد بإسقاط (الشَّرْط، وَلَا يَأْخُذهُ البَائِع)؛ أي: لا يأخذ المبيع بائعه الفسخ (حَتَّى يرد ثمنه)؛ لأنه محبوس بالثمن بعد الفسخ، كالرهن(٢).

(فَإِن مَاتَ البَائِع) بعد ما فسخ البيع؛ (فَالْمُشْتَرِي أَحَق بِهِ)؛ أي: بالبيع (حَتَّى يَأْخُذ ثمنه) الذي أداه إلى البائع؛ لأَنَّ المشتري مُقدَّم على البائع حال حياته؛ وكذا يُقدَّم على ورثته وغرماءه بعد وفاته، كالمرتهن(٣).

(وطاب للْبَائِع ربح ثمنه)؛ أي: ربح ثمنه إلى ربح الثمن الذي أخذه في البيع الفاسد (بعد التَّقَابُض لَا) يطيب (للْمُشْتَرِي ربح مبيعه) ولو بعد القبض، كما إذا باع سلعة بألف بيعاً فاسداً، وتقابضاً، فربح البائع بالألف شيئاً، بأن اشترى بها سلعة، وباعها بألف ومئة، مثل باع المشتري السلعة، فربح بها أيضاً، فربح الألف بطيبه للبائع، فلا يلزمه أن يتصدق، وربح السلعة مما يتعين، فيتعلق العقد بها، ويتمكن الخبث في الربح، وأما الألف، فليست كذلك؛ لأَنَّ الدراهم والدنانير لا يتعينا بالتعيين في العقود، فلم يتعلق العقد الثاني بالألف، فلم يتمكن الخبث، فلا يجب التصدق بربحها، بخلاف تمكن الخبث، (فَيَتَصَدَّق بِهِ كَمَا طَابَ ربح مالٍ ادَّعَاهُ،

---

(١) ينظر: البحر الرائق: (١٢٠/٦)، والنهر الفائق: (٤٣٦/٣).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (٦٦/٤)، ودرر الحكام: (١٧٥/٢).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني: (١٤١/٧)، وتبيين الحقائق: (٦٦/٤)، والعناية: (٤٧٠/٦).

فقضي، ثمَّ تَصَادقا على عَدمه، فَرد بعد مَا ربح فِيهِ[١]، الْمُدَّعِي) صورته: رَجل ادعى على آخر مالاً، وأثبت المدعي، فقضاه المدعى عليه، وأخذ المدعي ذلك المال، فاتجر به، واستفاد، وربحا، ثم إنهما تصادقا على أنه لم يكن للمدعي.

ووجه التشبيه: أن الربح الحاصل من هذا المال لفساد المِلْك لا لعدمه، فهو كربح الألف في المسألة السابقة؛ لأَنَّ الدَّين هنا ثبت بالتداعي، واستحق بالتصادق، وبدل المستحق مملوكاً مِلْكاً فاسداً، وهو مال يتعين بالتعيين، فلا يجب التصدق بربحه، (فإن باع الْمُشْتَرِي مَا اشْتَرَاهُ شِرَاء فَاسِداً؛ صَحَّ) بيعه، ولزمه قيمته لبائعه، أما صحة البيع؛ فلأنه ملكه بالقبض، فينفذ تصرفه فيه كسائر مِلْكه، وأما لزوم قيمته إن كان قيمياً، ومثله إن كان مثلياً، لما مر أنه مضمون بنفسه كما في الغصب لا بالثمن في البيع الصحيح[٢].

(وَكَذَا لَو أعْتقهُ، أَو وهبه، وَسلمهُ)؛ أي: يصح الإعتاق، والهبة من المشتري بالشراء الفاسد أيضاً بناءً على تملكه له بالقبض، (وَسقط حق الْفَسْخ) من العاقدين لتعلقه حق العبد بالبيع الثاني نقض الأول لحق الشرع، وحق العبد مقدم لحاجته، (وَعَلَيهِ قِيمَته)؛ أي: على المشتري شراء فاسد لبائعه قيمة ما باعه، أو أعتقه، أو وهبه[٣].

(وَلَو بنى) المشتري (فِي دَار اشْتَرَاهَا) شراء (فَاسِداً) بناء، (أَو غرس فِيهَا) غراساً؛ (فَعَلَيهِ قيمتهَا)؛ يعني: ثبت المِلْك للمشتري في الدار بذلك، وينقطع حق الاسترداد للبائع، ويلزم المشتري قيمة الدار للبائع، وهذا عند أبي حنيفة، (وَقَالَ): لا ينقطع حق الاسترداد، بل يلزم المشتريان (ينْقض الْبناء وَ)يقلع (الْغَرْس، وَيرد) الدار فارغة إلى البائع إذا فسخ البيع، وهذه

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (٦٦/٤)، ودرر الحكام: (١٧٦/٢).
(٢) ينظر: العناية: (٤٦٦/٦)، والبحر الرائق: (١٠٣/٦).
(٣) ينظر: الجوهرة النيرة: (٢٥٠/١)، والعناية: (٤٦٦/٦).

المسألة وقعت بعد موت أبي حنيفة، فرواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة[١].

(وَشك أَبُو يُوسُف) بعد ذلك (فِي رِوَايَته لمُحَمد عَن الإِمَام) أبي حنيفة؛ أي: شك في أنه روى عن أبي حنيفة (لُزُوم قيمتهَا)؛ أي: قيمة الدار على المشتري، (وَلم يشك مُحَمَّد)، فالحاصل: أن مذهبهما في هذه المسألة: أنه لا يسقط حق الاسترداد [بالبناء والغراس قياساً على الدار المشفوعة، ولأبي حنيفة: إن حق الاسترداد][٢] في البيع الفاسد حق الشرع[٣] والبناء حق المشتري، وحق العبد مقدم لحاجة، والمشتري بنى بتسليط البائع، فلا يكون له نقضه.

[ثم إن المصنِّف عقب البيع الفاسد بالمكروه، وجعله كالثمن له؛ لأنها من باب واحد، أو متقاربان، فقال][٤]: (وَكره النجش) [بفتح النون والجيم، ويُروى: بسكون الجيم][٥]، وهو شرعاً: أن يزيد في ثمن المبيع[٦]، ولا يشتري به، ولكن يرغّب المشتري فيه[٧]، وهذا شيء يفعله التجار فيما بينهم، وقد نهى النبي - ﷺ - عنه بقوله - ﷺ -: «لا تناجشوا»[٨]، [أي: لا تفعلوا النجش][٩].

(و)كُرِه (السوم على سوم غَيره): وهو أن يكون اثنان يتساومان،

---

(١) ينظر: فتح القدير: (١٥/١٦٩)، البحر الرائق: (٦/١٠٥).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) ينظر: المصدران السابقان.
(٤) سقط من: (ب).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: التعريفات: ص٣٠٨، وأنيس الفقهاء: ص٢١٢.
(٧) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٤، والنهر الفائق: (٣/٤٤٧).
(٨) رواه مسلم (٤/١٣٨)، برقم ٣٥٢٥، باب: الخطبة على خطبة الغير، وبلفظ: «لا تناجشوا، ولا يبع المرء على بيع أخيه، ولا يبع حاضر لباد، ولا يخطب المرء على خطبة أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق الأخرى لتكتفئ ما في إنائها».
(٩) سقط من: (ب).

فيجيء آخر ويقول للبائع خفية: لا تبعه، فأنا اشتريه منك بأزيد[(١)]، ويقول للمشتري: لا تشتري منه، فإني أبيعك أجوز منه، أو بثمن أقل، فهذا هو السوم المنهي عنه بقوله - ﷺ -: «**لا يُسام الرَّجل على سوم أخيه**»[(٢)]، [ولفظ الحديث نفي، وهو يفيد النهي بوجه أبلغ من النهي صريحاً، لكنه محمول على ما إذا رضيا بثمن][(٣)]؛ أي: **(إذا)** تراضيا العاقدان على ثمن مُعيَّن قَيَّد به؛ لأنهما لو لم **(رَضِيا بِثمن)** فلا بأس به؛ لأنَّه بيع من يزيد كما سيأتي[(٤)].

(وتلقي الجلب)؛ أي: استقبال ما يُجلب إلى بلد للبيع، يقال جلب الشيء: إذا جاء به من بلد إلى بلد، [وهو يحتمل أن يكون جمع الجالب، [أ/٢٥١] كالخدم جمع الخادم، ويحتمل أن يكون بمعنى: المجلوب، كالنشر بمعنى المنشور، فالمجلوب إذا قرب من بلد تعلق به حق العامة، فيُكره][(٥)] **(المُضِر بِأَهْل الْبَلَد)**، صفة التلقي قَيَّد به؛ لأَنَّ الذي لا يضر بهم لا بأس به؛ لأَنَّه تجارة، إلا إذا لبس السعر على الجانبين، واشترى بأقل من القيمة، **(وَبيع الْحَاضِر للبادي)**[(٦)] بقوله - ﷺ -: «**وتلقوا الركبان، ولا بيع حاضر لباد**»[(٧)].

سُئل ابن عباس - رضي الله عنهما - عن قوله - ﷺ -: «**لا يبيع حاضر لباد**»، فقال: «لا يكون سمساراً»[(٨)].

---

(١) ينظر: التعريفات: ص١٦٣، والفائق: (٢/٢٠٩).
(٢) رواه مسلم (٤/١٣٧)، برقم ٣٥٢٤، باب: الخطبة على خطبة الغير.
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: البناية: (٨/٢١١)، والبحر الرائق: (٦/١٠٧).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: النهر الفائق: (٣/٤٤٨).
(٧) رواه البخاري (٣/٧١)، برقم ٢١٥٠، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، وبلفظ: «لا تلقوا الركبان، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد».
(٨) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة في الأحاديث والآثار: (١٩/١١٢)، برقم ٢٢٤٩٩، باب: في أجر السمسار.

(طَمَعاً فِي غلاء الثّمن زمن الْقَحْط)، صورته: أن يتربص الحاضر سلعة البدوي بأن يقول البلدي للبدوي: دع سلعتك لأبيعها لك بثمن غال، وتحب عنده إلى أن يغال في ثمنه، فيفوت الرزق والربح على الناس.

(وَ)كُره (الْبيع عِنْد أذان الْجُمُعَة) وبعده إلى أن تتم الصلاة؛ لقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]، [والمراد من النداء: الأذان؛ لأنَّ فيه إخلالاً بوجوب السعي، ثم إن المراد منه: الأذان الأول إذا كان بعد الزوال على المختار، ومبنى الكراهة على إخلال السعي، بحيث يقف ويتشاغل به، أما لو باع، أو اشترى، وهو يسعى؛ لا يكره، لعدم الإخلال بالواجب، هكذا في النسخ الموجودة عندنا، لكن فيه نظر؛ لأنَّ دلالته على كراهة المبيع بعد الأذان، لا أن عنده، فليتأمل[(١)]](٢).

و(لَا) يُكره (بيع من زيد)؛ لمباشرته النبي - ﷺ - له، [ومحل هذه المسألة فيما تقدم قبل ذكر تلقي الجلب، فكأنه آخرها لتكون توطئة، لقوله](٣): (وَصَحَّ البيع فِي الْجَمِيع)؛ أي: في جميع هذه المذكورات؛ لأنَّ الكراهة لا تُوجب الفساد.

(وَمن ملك مملوكين صغيرين) ذكرين، أو أنثيين، أو تخالفين، (أَو) كان أحدهما (كَبِيراً و) الآخر (صغيراً)، حال كون (أَحدهمَا ذُو رحم مَحْرم من الآخر؛ كُره لَهُ أنْ يفرق بَينهمَا) ببيع، أو هبة، أو نحو ذلك(٤)، وهذا ينتظم قرابة الولاء، والقرابة القريبة؛ لقوله - ﷺ -: «من فرَّق بين الوالدة وولدها، فَرَّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»(٥)؛ ولما روي

---

(١) ينظر: الاختيار: (٢٦/٢)، والعناية: (٤٧٨/٦).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٤، الهداية: (٥٤/٣).

(٥) رواه الترمذي وقال: حديث حسن غريب ينظر: سنن الترمذي (٥٨٠/٣)، برقم ١٢٨٣، باب: كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة، ورواه ابن ماجه: في سننه (٧٥٦/٢)، برقم ٢٢٥٠، باب: النهي عن التفريق بين السبي.

أنه ـ ﷺ ـ وهب لعلي ـ كرم الله وجهه ـ أخويين صغيرين، ثم سأله: «**ما فعل الغلامان؟**»، فقال: بعت أحدهما، فقال ـ ﷺ ـ: «**اردد! اردد!**»، وفي رواية: «**أدرك! أدرك!**»[(١)]؛ [ولأن الصغير يستأنس بمثله وبالكبير، والكبير يقوم بحوائج الصغير باعتباره الشفقة الناشئة من قرب القرابة.

وفي بيع أحدهما قطع الاستئناس، وترك المرحمة على الصغار، وقد ورد الوعيد عليه][(٢)]، ثم هذا المنع معلوم بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه مَحْرم [غير قريب كالرضاع والمصاهرة، ولا أقارب غير مَحْرم][(٣)] كأولاد العم والعمات، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما؛ لأَنَّ النص ورد فيه على خلاف القياس، فيقتصر على مورده، ولا بد من اجتماعها في مِلْك واحد.

[وأيضاً إنَّما يُكره التفريق إذا لم يُكن بحق شرعي، وإلا فهو جائز[(٤)]، ولهذا قال المصنِّف][(٥)]: (**بِدُونِ حق مُسْتَحقّ**) حتى لو كان بحق لم يكره، كما إذا جنى أحدهما جناية[(٦)]، فدفع بها، أو رد على البائع بعيب، ونحو ذلك، فإن فرق بغير حق كره ذلك، (**وَيصِح البيع**) عند أبي حنيفة [ومحمد][(٧)]، (**خلافاً لأبي يُوسُف فِي قَرَابَة الولاد فِي رِوَايَة، وَفِي الْجَمِيع فِي**) رواية (**أُخْرَى**)، وهو قول زفر، والحسن بن زياد[(٨)]، والتغليظ

---

(١) ينظر: كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: (٣٠٢/٤) برقم ١٠٠١٢، باب محظورات متفرقة، وعزاه الزيلعي إلى الترمذي، وقال: حديث حسن قريب. ينظر: نصب الراية: (٣٦/٤).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) سقط من: (أ).

(٤) ينظر: المبسوط: (١٣٩/١٣)، والعناية: (٤٨٣/٦).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) الجناية: هي كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس وغيرها. ينظر: التعريفات ص٧٩، والمغرب: ص٩٤.

(٧) سقط من: (ب).

(٨) ينظر: العناية: (٤٨٤/٦)، والجوهرة النيرة: (٢٠٦/١)، والهداية: (٥١/٣).

في النص المذكور، [ولأبي حنيفة ومحمد: إن ركن البيع صدر من أهله في محله، فانعقد، والكراهة في معنى جاوره لا في شرطه، فصار كالبيوع السابقة.

هذا كله إذا كان المالك سهماً؛ لأنَّ الكفار غير مخاطبين بالشرائع][١]، (فَإِن كَانَا كبيرين) على أيّ صفة كانا؛ (فَلَا بَأْس بِالتَّفْرِيقِ) بينهما؛ لانعدام معنى النص فيها[٢].

وفي الخلاصة: كُره بيع الغلام الأمرد، وممن يُعلم أنه يعصي الله، وكذا بيع العصير والعنب ممن يتخذ خمراً عندهما، خلافاً لأبي حنيفة إن كان المشتري مجوسيّاً، أما من المُسْلم؛ فَيُكْره عنده أيضاً[٣].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: العناية: (٦/٤٨٤)، والبناية: (٨/٢٢٠).

(٣) ينظر: الهداية: (٣/٥٥)، والنهر الفائق: (٣/٤٢٩).

باب الإقالة

الإقالة رفع عقد البيع، وإبطاله[١]، وهي: جائزة؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة»[٢]، إنها شرعي بمنزلة البيع تشمل على الإيجاب، والقَبُول، ولذلك قال المصنِّف: **(تصح بلفظين)**: **(أَحدهمَا: مُسْتَقْبل)**؛ أي: يُعبر به عن معنى يوجد في المستقبل، والآخر: يُعبر به عن معنى المضي عند الشيخين، **(خلافاً لمُحَمد)** هو يقول: لا بد أن يكون اللفظان مما يُعبر بهما عن المضي؛ لأنهما كالبيع، فيشترط لها ما يشترط له[٣]، ولهما: إن المساومة لا تجري في الإقالة، فتحمل اللفظة الدالة على المستقبل على التحقيق دون المساومة، كما في النكاح، ثم إن اللفظ المذكور لا بد أن يكون بلفظ الإقالة، أو مشتملاً عليه، نحو: أقلني، وأسألك أن تقيلني، ويقول: أقيلني، فيقول الآخر: أقلتك، فالأول؛ أعني: الألفاظ المذكورة إيجاب، والآخر قَبُول[٤].

(وتتوقف على الْقَبُول فِي الْمجْلس كَالْبيع)؛ أي: لو أوجب أحدهما، فلا بد أن يقبل الآخر في المجلس؛ لأنَّ الإقالة وإن كانت ضد البيع في الحكم لكنها نظرية له في ارتباط أحد لفظيها بالآخر، فيُعبر لها المجلس

---

(١) ينظر: التوقيف على أمهات التعاريف: ص٨١، وأنيس الفقهاء: ص٢١٢.

(٢) رواه ابن حبان، ينظر: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان (١١/٤٠٤) برقم ٥٠٢٩، باب: الإقالة، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرِّجاه: المستدرك: (٢/٣٠٣)، رقم ٢٢٩١، كتاب: البيوع.

(٣) ينظر: المبسوط: (٢٥/١٦٤)، والبحر الفائق: (٦/١١٠).

(٤) ينظر: العناية: (٦/٤٨٧)، والبحر الفائق: (٦/١١٠).

كما في المبيع، (وَهِيَ)؛ أي: الإقالة (**بيع جَدِيد فِي حق غير الْعَاقِدين إِجْمَاعاً**)[(١)].

فائدة كونها بيعاً في حق غيرهما: وجوب الشفعة، والاستبراء[(٢)]، فإن الشفعة حق الشفيع، والاستبراء حق الله تعالى، وكل منهما غير العاقدين، (**وَفِي حَقّهمَا بعد الْقَبْض فسخ**)؛ أي: في حق المتبايعين فسخ للبيع السابق لا بيع جديد، وإنَّما قيد بقوله: (بعد القبض)؛ لأَنَّ الفسخ إنَّما يتصور فيما كمل وتم، والبيع قبل القبض لم يتم بعد، فلا يتصور فيه الفسخ، بل يكون متاركة وإعراضاً عن العقد، (**فَإِذا تعذر جعلهَا فسخاً**) في حصتهما (**بطلت**) الإقالة، كما لو كان المبيع جارية، فولدت عند المشتري؛ فلا تصح الإقالة فيها؛ لتعذر جعلها فسخاً[(٣)]؛ لأَنَّ الولد ملك للمشتري لحدوثه على مِلْكه، وهذا عند أبي حنيفة.

(**وَعند أبي يُوسُف**): الإقالة (**بيع، فَإِن تعذر**) جعلها بيعاً، كما في المنقول، [فبطل][(٤)] القبض، (**ففسخ**)؛ أي: فهي فسخ، (**فَإِن تعذر**) كونها فسخاً، بأن هلك قبل القبض (**بطلت**) لعدم إمكان الفسخ، (**وَعند مُحَمَّد**)، وزفر، والشافعي[(٥)] وهي: (**فسخ، فَإِن تعذر**) جعلها فسخاً بأن تقايلا بعد القبض، (**فَبيع**)؛ أي: فهي بيع، (**فَإِن تعذر**) جعلها بيعاً بأن تقايلا في المنقول قبل القبض (**بطلت**) أيضا[(٦)].

له: إن لفظ الإقالة وضع للفسخ، والرفع، فيحمل على ما وضع له؛

---

(١) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٥، المبسوط: (١٦٤/٢٥).

(٢) الاستبراء: هو التربص الواجب على كاملة الرق بسبب تجديد مِلْك أو زوال فراش مقدراً بأقل ما يدل على البراءة. ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف: ص٥٤، والمغرب: (٦٤/١).

(٣) ينظر: المبسوط: (١٦٥/٢٥)، والنهر الفائق: (٤٥٠/٣).

(٤) في (ب): (قبل).

(٥) المشهور عند الشافعية: الإقالة فسخ، وليست ببيع، سواء كان قبل القبض أم بعده. ينظر: العزيز: (٢١/٤)، والمجموع: (٤٥١/٥).

(٦) ينظر: المبسوط: (١٦٥/٢٥)، والنهر الفائق: (٤٥٠/٣).

لأنَّه الأصل هو الحقيقة، [وإذ تعذر حمل على محتمله وهو البيع؛ لأنَّه بيع في حق ثالث، وإذا لم يكن بطريق الحقيقة][١] ولا بطريق المجاز بطل اعتباره ضرورة، ولأبي يوسف: [أ/٢٥٢] إنه مبادلة مال بمال بالتراضي، فاعتبار جانب المعنى أولى إذا أمكن، وإذا لم يمكن يجعل فسخاً.

ولأبي حنيفة: إن لفظها يُبنى عن الرفع والفسخ، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقة في طلاق البيع على الإقالة مجاز[٢]، (**وَقبل الْقَبْض فسخ فِي النقلي وَغَيره**)؛ يعني: أن الإقالة إذا وقعت بين المتعاقدين قبل قبض البيع كانت فسخاً للبيع، سواء كان المبيع منقولاً، أو عقاراً، وهذا عند أبي حنيفة، وتحمل، (**وَعند أبي يُوسُف**) هي: قبل القبض (**فِي الْعقار بيع**)، فإن بيع العقار قبل قبضه جائز عنده[٣].

قوله: (**فَلَو شَرط فِيهَا أَكثر من الثّمن الأول أَو**) شرط فيها (**خلاف الْجِنْس؛ بَطل الشَّرْط، وَلزِمَ الثّمن الأول**) تفريع على المذاهب المذكورة في الإقالة، أما صحة الإقالة، فلأنها لا تبطل بالشرط الفاسدة، وأما بطلان الزيادة؛ فلئلا يلزم الربا، وأما بطلان خلاف الجنس، فلأنه لم يكن وقت العقد[٤].

والإقالة رفع ما كان، ورفع ما لم يكن وقت العقد غير متصور، وهذا عند أبي حنيفة، (**وَعِنْدَهُمَا: يَصح الشَّرْط**) المذكور (**لَو** كانت الإقالة **بعد الْقَبْض وَتجْعَل بيعاً**) جديداً بذلك المُسمَّى، أما عند أبي يوسف، فظاهر؛ لأنَّه يجعل الإقالة بيعاً، وأما عند محمد، فلأن جعلها بيعاً ممكن، كما إذا لم يمكن جعلها فسخاً، وإذا زاد على الثمن الأول، أو جعل مكانه غيره تعين إن كان قاصداً به البيع.

(**وَإِن شَرط**) في الإقالة (**أقل**) من الثمن الأول (**من غَيره؛ تعيَّب**)

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) ينظر: الهداية: (٥٥/٣)، والجوهرة النيرة: (٢٠٧/١).

(٣) ينظر: الجوهرة النيرة: (٢٠٧/١)، ودرر الحكام: (١٧٨/٢).

(٤) ينظر: الهداية: (٥٥/٣)، ودرر الحكام: (١٧٨/٢).

حدث في المبيع بطل الشرط، و(لزم) الثمن (**الأول أَيْضاً**) كما في الزيادة، وخلاف الجنس، وهذا عند أبي حنيفة، ومحمد، (**وَعند أبي يُوسُف: تجْعَل بيعاً**) جديداً، (**وَيصِح الشَّرْط**)[١] المذكور؛ يعني: يلزم الأقل؛ لأنَّ الإقالة عنده بيع، ولهما: إنها لما كانت فسخاً كانت على الثمن الأول.

(**وإنْ تعيّب**) البيع في يد المشتري وتقايل على أقل من الثمن الأول (**صَحَّ الشَّرْط اتِّفَاقاً**)، ويجعل ذلك المقدار الأقل الذي نقص عن الثمن الأول بمقابلة العيب الأول، فتصح الإقالة، والشرط معاً.

[وفي الكفاية قال بعض مشايخنا: يجعل الحَطُّ بإزاء ما فات بالعيب قَدْر ما نقص من الثمن أو أقل، أو أكثر قَدْر ما يتغابن فيه الناس، ولكن جواب الكتاب مطلق][٢].

(**وَلَا تصح**) الإقالة (**بعد ولادَة الْمَبِيعَة**) عند أبي حنيفة (**خلافاً لَهما**)؛ لأنها تصح عندهما، ولو ولدت قبل القبض، فالإقالة صحيحة عنده أيضاً[٣]، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنَّ الولد مانع، وذلك لأنه حصل على مِلْك المشتري، فلا سبيل إلى إرجاعه إلى البائع؛ لأنَّه لم يكن حين [العقد][٤]، وفي الإقالة إنَّما يعود إلى البائع ما خرج عن يده بعد العقد، ولا إلى إبقائه عند المشتري؛ لأنَّه يكون تملكه بلا عوض، فصار مانعاً لصحة الإقالة، ولو كانت بيعاً محضاً لجاز، وعندهما: يكون بيعاً، أما عند أبي يوسف: فظاهر، وأما عند محمد: فلأنها لما لم تكن للزوم الفساد المذكور تصير بيعاً، ويبقى الولد للمشتري، ويصير قد باع الأم وحدها بمثل الثمن الأول[٥].

وفي النهاية: الخلاف فيما إذا ذكر الفسخ بلفظ الإقالة، ولو ذكر

---

(١) ينظر: العناية: (٤٨٨/٦)، والبحر الرائق: (١١٦/٦).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: درر الحكام: (١٧٩/٢).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) ينظر: البحر الرائق: (١١٦/٦)، ودرر الحكام: (١٧٩/٢).

بلفظ المفاسخة، أو المتاركة[١]، ولا تجعل بيعاً اتفاقاً إعمالاً للموضع اللغوي، (وَلَا يمْنَعهَا)؛ أي: الإقالة (هَلَاك الثّمن) بيد البائع (بل هَلَاك الْمَبِيع) يمنعها؛ لأَنَّ رفع البيع يستدع قيامه، وإنَّما هو قائم بالمبيع دون الثمن؛ لأَنَّ الثمن إذا أهلك يقوم مثله مقامه صورة، أو معنى [وفي المقايضة[٢] يجوز الإقالة عند عدم قيام أحد العوضين؛ لأَنَّ كل واحد منهما بيع من وجه، فيطالب مالك الهالك بقيمة][٣] (وهلاك بعضه)؛ أي: بعض المبيع (يمْنَع بِقَدرِهِ)؛ أي: قَدْر ما هلك، وصحَّت في الباقي؛ لقيام البيع فيه[٤].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) المتاركة: هي ترك كل طرف ما له على الآخر من حقوق أو أموال. ينظر: معجم الفقهاء: (٤٠١/١).

(٢) بيع المُقايَضة: وهو بيْع عَرَض بعَرْض. ينظر: التعريفات: ص٢٨٩، والمغرب: (٢٠٢/٢).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٦، والهداية: (٤٩٢/٦).

باب المرابحة والتولية والوضعية

وهذه الثلاثة عقود شرعية[١]، وقد تعامل بها الناس من الصدر الأول إلى يومنا هذا، والأصل في جواز التولية، ما روي أن النبي - ﷺ - لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر - رضي الله عنه - بعيرين، فقال له النبي - ﷺ -: **«ولني أحدهما»**؛ يعني: إياه بالثمن الذي اشتريت به، فقال أبو بكر - رضي الله عنه -: هو لك بغير شيء، فقال - ﷺ -: **«أما بغير ثمن؛ فلا»**[٢].

(الْمُرَابَحَة): مصدر من رابح[٣]، وفي الشرع: **(بيع مَا شراه)** حقيقة، أو حكماً، وإنَّما قيدنا به ليشتمل التعريف بيع الموهوب بعوض، وبيع المغصوب بعد ما قضى [القاضي][٤] على الغاصب بالقيمة بها؛ أي: بمثل **(بِمَا شراه)** هو **(بِهِ وَزِيَادَة)**، هي الربح أطلقها؛ لأنَّ كون الزيادة مثلياً ليس بشرط في تحقيق المرابحة[٥]، **(وَالتَّوْلِيَة)** في اللغة جعل الشخص والياً[٦]، وفي الشرع: **(بَيْعه)**؛ أي: بيع ما شراه **(بِهِ)**؛ أي: بمثل ما شراه[٧]، ولو

(١) أخرج البيهقي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنه، جواز بيع المرابحة. ينظر: معرفة السنن والآثار: (٣٤٠/٩) برقم ٣٥٥٦، باب: المرابحة.

(٢) ينظر: الدراية: (١٥٣/٢)، وقال في نصب الراية: غريب: (٤١/٤)، وبدائع الصنائع: (٢٢٠/٥)، والعناية: (٤٩٧/٦)، والجوهرة النيرة: (٣٠٩/١).

(٣) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم: (٢٧/٢).

(٤) سقط من: (أ).

(٥) ينظر: التعريفات: ص٢٦٦، وأنيس الفقهاء: ص٢١٤.

(٦) ينظر: لسان العرب: (٤٠٥/١٥).

(٧) ينظر: التعريفات: ص٩٨، والمغرب: (٣٧٢/٢).

قال: بما قام عليه؛ لكان أحسن؛ لأَنَّ أجرة الصبغ، والقصار، وغيرها تضم إلى الثمن الأول، كما سيأتي، فلا يكون الثاني مثل له في المقدار، ثم إن المراد بقوله: (بيعه)؛ أي: بيع العرض احتراز عن الصرف، فالتولية، والمرابحة لم تكونا في الدراهم والدنانير (بِلَا زِيَادَة) ربح (وَلَا نقص)، عما قام عليه، وإنَّما سُمي تولية؛ لأَنَّ البائع كأنه يجعل المشتري والياً لما اشتراه بما اشتراه.

(والوضعية: بَيْعه)؛ أي: بيع ما اشتراه (بأنقص مِنْهُ)؛ أي: بأقل مما قام[1] عليه، (وَلَا يَصح ذَلِك)؛ أي: لا يجوز كل من المرابحة، والتولية، والوضعية[2].

(مَا لم يكن الثّمن الأول مثلِياً) كالمكيلات، والموزونات والعدديات؛ إذ لو لم يكن كذلك لا يعرف كون المبيع بمثل الثمن الأول، أو بالزائد عليه أو بالناقص عنه، (أَو فِي مِلْك) من (من يُرِيد الشِّرَاء)، كما إذا اشترى عبداً بثوب، فأراد أن يبيعه مرابحة عليه لا بد أن يكون ذلك الثوب مملوكاً للمشتري حتى يبيع به، (وَ)بزيادة (الرِّبْح مَعْلُوماً)؛ إذ لو لم يكن كذلك يقع عقد المرابحة على قيمة ذلك الثوب، وهي مجهولة، فيفسد، ولا يصح ما لم يكن الربح معلوماً لما مر[3].

(وَيجوز أَن يضم) البائع مرابحة، أو تولية (إِلَى رَأس المَال)؛ أي: إلى الثمن (أُجْرَة القصَّارة[4]، والصِّبغ) - بفتح الصاد - مصدر، وبكسره ما يُصبغ به، (والطِّراز) هو بالكسر: النقش الذي يعمل في أطراف الثياب[5]، والبرود، والهواء، وسَنَة أجرة صانعه، (والفتل، وَالْحمل) من مكان إلى آخر، (وسَوْق الْغنم)؛ لأن القيمة تختلف باختلاف المكان، فتلحق

---

(١) ينظر: التعريفات: ص٣٢٧، والمغرب: (٣٢٠/٢).
(٢) ينظر: الجوهرة النيرة: (٢٠٨/١)، والعناية: (٤٩٩/٦).
(٣) ينظر: بدائع الصنائع: (٢٢١/٥)، والنهر الفائق: (٤٥٦/٣).
(٤) من قصر الثياب؛ أي: غسلها. ينظر: المغرب: (١٨٠/٢).
(٥) ينظر: لسان المعرب: (٣٨٦/٥)، والمعجم الوسيط: (٥٥٤/٢).

أجرتها، وفي التبيين: إن فعل المشتري بيده شيئاً مما ذكر من القتل ونحوه؛ لا يضمه(١).

(والسمسار) كالدلال يتوسط بين البائع والمشتري للرجع فيه العرف، (لَكِن يَقُول) البائع: (قَامَ) المبيع (عليَّ بِكَذَا)؛ ليكون صادقاً، (لَا اشْتَرَيْته)، تحرزاً عن الكذب، (وَلَا يضم نَفَقَته)؛ أي: ما أنفقه البائع [٢٥٣/أ] على نفسه في سفره من وقت شرائه المبيع، قيد به؛ لأَنَّ نفقة المبيع، وكسوته، وكراه، يُضم، كذا في المحيط(٢).

(وَلَا أجر الرَّاعِي)؛ لأنه للحفظ، وهو لا يزيد في عين الشيء، وقيمته، (و)لا أجر (الطبيب) ولا أجر (والمعلم)؛ لأنها لا يزيد في قيمة المبيع شيئاً؛ وأما ثبوت الزيادة في التعلم؛ فلمعنى فيه، وهو ذهنه، وشغله لا لما أنفق على المعلم، غايته: أن التعليم وقع شرطاً، ولم يزد أجرة المعلم مالية المبيع.

(وَ) أجر (بَيت الْحِفْظ) لما قلنا، (فَإِن ظهر) من البائع (للْمُشْتَرِي خِيَانَة فِي الْمُرَابَحَة)، بأن قال: قام عليَّ كذا، ثم ظهر كذبه بالبينة، أو بإقراره، أو بنكوله (خُيّر) المشتري (فِي أَخذه)؛ أي: المبيع (بِكُل ثمنه أَو تَركه)، لفوات الرضاء(٣)، (وَفِي التَّوْلِيَة يحط) المشتري (من ثمنه قَدْر الْخِيَانَة)، وهذا عند أبي حنيفة، وهو فرق بين المرابحة والتولية؛ [إذ لو لم يحط في التولية لم تبقَ تولية؛ لأَنَّه يزيد على الثمن الأول، فتصير مرابحة لا تولية](٤)، (وَهُوَ الْقيَاس فِي الوضعية)؛ يعني: لو اطلع المشتري على الخيانة في بيع الوضعية، فإِنَّه يحط من الثمن قَدْر الخيانة قياساً على التولية(٥).

---

(١) ينظر: المبسوط: (٨٣/١٣)، والنهر الفائق: (٤٥٦/٣).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني: (١١/٧).

(٣) ينظر: البحر الرائق: (١٢٠/٦)، والنهر الفائق: (٤٥٧/٣).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) ينظر: الاختيار: (٢٩/٢)، وتبيين الحقائق: (٧٥/٤).

(وَعند أبي يُوسُف: يحط) المشتري (فيهمَا)؛ أي: في التولية، والمرابحة (قَدْر الْخِيَانَة) من الثمن من التولية، ومن الثمن (مَعَ حصَّتهَا)؛ أي: مع حصة المرابحة (من الرِّبْح فِي الْمُرَابَحَة)، مثاله: اشترى ثوباً بثلثين مرابحة على أن البائع كان اشتراه بعشرين، ثم ظهر إن كان اشتراه بعشرة؛ فإِنَّه يحط خمسة عشرة، هي مقدار الخيانة، وخمسة، هي حصة الربح من المرابحة.

(وَعند مُحَمَّد: يُخَيّر) المشتري (فيهمَا)؛ أي: في المرابحة [ترويج، وترغيب، فيكون وصفاً مرغوباً فيه، كوصف السلامة، فيخير لفواته[(١)].

ولأبي يوسف: إن الأصل هو لفظ المرابحة والتولية، وذكر الثمن تفسير له، فلا بد من بناء العقد الثاني على الأول، فيحط قَدْر الخيانة، فيكون الثمن الثاني كالأول.

ولأبي حنيفة: إن الحط لو لم يوجد في التولية يكون قَدْر الخيانة زائد على الثمن الأول، فيصير مرابحة لا تولية، وأما في المرابحة لو لم يحط تبقى المرابحة غاية أن الربح أكثر مما ظنه المشتري، فيثبت له الخيار لفوات الرضا][(٢)]، (فَلَو هلك) المبيع، أو استهلكه في المرابحة (قبل الرَّد أَو امْتنع الْفَسْخ) بأن وجد به ما يمنع فسخ البيع، كعيب، أو زيادة (لزم كل الثّمن اتفاقاً)[(٣)] وسقط خيار المشتري في الروايات المشهورة عن أبي حنيفة، ومحمد؛ لأَنَّ مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن.

[أقول: فيه تسامح مستغني عنه إن لم يذكر لفظ: (اتفاقاً) أحد غيره، قال في الهداية: يلزم الثمن في الروايات الظاهرة[(٤)]][(٥)].

---

(١) ينظر: الاختيار: (٢٩/٢)، والعناية: (٥٠٠/٦)، والهداية: (٥٧/٣).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: درر الحكام: (١٨٢/٢)، والنهر الفائق: (٤٥٨/٣).

(٤) الهداية: (٥٧/٣).

(٥) سقط من: (ب).

[وفصل في الكافي الروايات][(١)] (وَمن شرى شَيْئاً بِعشْرَة، فَبَاعَهُ) مرابحة (بِخَمْسَة عشر، ثمَّ شراه ثَانِياً بِعشْرَة يرابح على خَمْسَة، وَإِن) كان (شراه)؛ أني: ذلك الشيء (ثَانِياً بِخَمْسَة؛ لَا يُرابح)، وهذا عند أبي حنيفة (وَعِنْدَهُمَا: يُرابح على الثّمن الْأَخير مُطلقاً)[(٢)].

والأصل ههنا: أن من اشترى شيئاً، فباعه بربح، ثم اشتراه ثانياً، أو ثالثاً وهلم جراً، فإذا أراد بيعه مرابحة يطرح عنه كل ربح حصل، وقُبَل ذلك منه، وإن كان الربح استغرق ثمنه لا يبعه مرابحة أصلاً عند أبي حنيفة؛ لأَنَّه لا بد في بيع المرابحة من ذكر ثمن يبني عليه الربح، وهو معدوم، فامتنعت المرابحة، فليس له أن يبعه مرابحة بعد ذلك، بل يبيعه مساومة، أو تولية، أو نحو ذلك، وعندهما: يبعه على الثمن الأخير؛ أعني: العشرة، فيقول: اشتريته بعشرة؛ لأَنَّ هذا الأخير عقد مستقل منقطع عن العقد الأول، فصح بناء المرابحة عليه، كما لو تخلل بينهما عقد ثالث[(٣)].

(وَإِن اشْترى مَأْذُون) في التجارة (مديون) محيط دَينه برقبته متاعاً (بِعشْرَة، وَبَاعَ) ذلك المتاع (من سَيّده بِخَمْسَة عشر أَو بِالْعَكْسِ) بأن اشترى السيد بعشرة، ثم باع من عبده المأذون بخمسة عشر (يُرَابح) العبد (على عشرَة) لا غير؛ لأَنَّ العقد بينهما، وإن كان صحيحاً، ولكن له شبهة العدم؛ لأَنَّ العبد ملكه، وباقي في يده، ولا يخلو عن حقه، وصار كأنه اشتراه لسيده بعشرة، فيعتبر هذا الأخير، وقيد (المديون) اتفاقي، ليعلم حكم غيره بالأولى، لوجود مِلْك المولى في إكسابه إجماعاً[(٤)].

والمكاتب كالمأذون، والمعنى رب (وَالْمُضَارب بِالنِّصْفِ لَو شرى) شيئاً (بِعشْرَة وَبَاعَ) ذلك الشيء (من رب المَال بِخَمْسَة عشر يرابح رب

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء: (١٠٦/٢)، والمحيط البرهاني: (٤٣/٧).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني: (٤٣/٧)، والبحر الرائق: (١٢١/٦).

(٤) ينظر: البحر الرائق: (١٢١/٦)، والنهر الفائق: (٤٥٩/٣).

المَال على اثْنَي عشر وَنصف)؛ لأن نصف الربح هو درهمان، ونصف سلم لرب المال، ولم يخرج عن مِلْكه، فيحط عن الثمن، فيبقى اثني عشر ونصف، فيرابح عليها، (ويُرابح) من يريد المرابحة (بِلَا بَيَان) حال المبيع من حدوث العيب في يده حتى (لَو اعورت) الجارية (الْمَبِيعَة) بآفة سماوية يبيعها مرابحة، ولا يجب عليه أن يقول: إني اشتريتها سليمة، فاعورت في يدي[1]، وعند زفر، والشافعي[2]، ورواية عن أبي يوسف: لا بد فيه من بيان، قال الفقيه أبو الليث: «وقول زفر أجود، وبه نأخذ»[3].

(أَو وطِئت وَهِي ثيب)، لا يجب عليه أيضاً بيان تصرفه؛ لأَنَّه لم يُحبس عنده شيء يقابله الثمن؛ لأَنَّ الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن، والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطء، (أَو أَصَاب الثَّوْب) المبيع (قرض فأر) بالهمزة، القرض: بالفاء، وقيل: بالقاف، كلاهما بمعنى: القطع، (أَو حرق نَار)، فإن ما ضاع بالفرض، أو الحرق، وإن كان جزأ يقابله شيء من الثمن لكن لم يحبس عنده.

وأما بيان نفس العيب، فلا بد منه، كما بينه بقوله: (وَإِن فقئت عينهَا)؛ أي: فقأها البائع هو بنفسه، أو فقأها غيره؛ أخذ أرشها، (أَو وطِئت وَهِي بكر) كذلك، فإن وطئها غيره، وأخذ هو عقرها، أو وطئها هو، فأزال بكارتها، أو كانت ثيباً، فنقصها وطؤه، (أَو تكسر الثَّوْب) المبيع (من طيه)؛ أي: من فعل البائع، كطيه، (ونشره لزم الْبَيَان)؛ أي: بيان حال البيع وقت البيع مرابحة، أو تولية؛ لأَنَّ ذلك العيب صار مقصوداً بالإتلاف[4]، فيقابله شيء من الثمن، وكذلك وطئ الجارية، وهي بكر؛ لأَنَّ العذرة جزء من عينها، وقد حبس ذلك مع كونه مقابل بجزء من الثمن، فلو لم يبينه يكون خيانة.

---

(١) ينظر: درر الحكام: (١٨٢/٢)، والنهر الفائق: (١٦١/٣).
(٢) يجب عند الشافعية بيان العيب حتى إذا كان العيب يسيراً. ينظر: المجموع: (٧/١٣).
(٣) ينظر: تحفة الفقهاء: (١٠٤/٢)، وتبيين الحقائق: (٧٨/٤).
(٤) ينظر: العناية: (٥٠٦/٦)، ودرر الحكام: (١٨٢/٢).

(وَإِن اشْترى) شيئاً (بنسيئة ورابح)؛ أي: باعه مرابحة (بِلَا بَيَان)؛ أي: بأن لم يبيّن أنه اشتراه نسيئة، فعلم المشتري ذلك؛ (خيّر الْمُشْتَرِي) فيه بين أن يرده، أو يأخذه بكل الثمن؛ [لأن الأجل شبيهاً بالمبيع، فإنَّه يزداد في الثمن لأجل الأَجَل، فألحق الشبهة بالحقيقة احتياطاً، فصار كأنه اشترى شيئان، ثم باع [أ/٢٥٤] أحدهما مرابحة بثمنهما][(١)]، (فَإِن أتْلفه)؛ أي: المشتري هذا المبيع، (ثمَّ علم) أن الثمن كان مؤجلاً (لزم كل ثمنه)، في المرابحة؛ لأَنَّه لا حصة للأجل من الثمن حقيقة، (وَكَذَا التَّوْلِيَة)؛ أي: هي مثل المرابحة فيما ذكر من لزوم الخيار، ووجوب كل الثمن لما ذكرنا[(٢)].

(وَلَو اشْترى ثَوْبَيْنِ بصفقة) واحدة بعشرة (كلّاً) منهما (بِخَمْسَة كره بيع أَحدهمَا مُرَابحَة بِخَمْسَة بِلَا بَيَان) أطلق المصنِّف هذه المسألة، وظاهره: أن الكراهة بالاتفاق.

[وذكر صاحب مجمع البحرين: «إن الكراهة قول محمد، وعلله شارحه: بأن العادة جرت بأن يضم الجيد إلى الرديء ترويج الرديء، فتمكنت بالشبهة، فلا بد من البيان للمشتري».

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: لا يُكره؛ لأَنَّ هذا البيع عار عن التهمة[(٣)]؛ لأن ثمن كل من الثوبين معلوم، ومع تعيين الثمن بالجودة والرداءة، فلا تهمة، وصار كما لو اشتراهما بعقدين][(٤)]، (وَمن ولي بِمَا قَامَ عَلَيْهِ)؛ أي: باع شيئاً تولية بالثمن الذي اشتراه به، أو ضم إليه ما زاد عليه، (وَلم يعلم مُشْتَرِيه قَدْره)؛ أي: قَدْر ما قام عليه؛ (فسد) البيع إن افترقا على ذلك، لجهالة الثمن (وَإِن علمه)؛ أي: البائع المشتري قَدْره (فِي الْمجْلس) قبل أن يفترقا صح البيع، و(خُيّر) المشتري؛ لأن الفساد لم

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: العناية: (٥٠٧/٦)، ودرر الحكام: (١٨٢/٢).
(٣) ينظر: الهداية: (٥٧/٣) والبحر الرائق: (١٢١/٦).
(٤) سقط من: (ب).

يتقرر ما دام المجلس قائماً، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد، وصار كتأخير القَبُول إلى آخر المجلس[(١)].

❁ ❁ ❁

فصل
في بيان البيع قبل قبض المبيع

والتصرف في الثمن بالزيادة، والنقصان، وغير ذلك (**لَا يَصح بيع الْمَنْقُول قبل قَبضه**)، لنهيه - ﷺ - «عن بيع ما لم يقبض»[(٢)]؛ ولأن فيه عذر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك، (**وَيصِح فِي الْعقار**)؛ أي: يجوز بيعه قبل قبضه عند الشيخين (**خلافاً لمُحَمد**) وزفر، والشافعي[(٣)]؛ لإطلاق الحديث، ولهما: إن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله.

والنهي معلل بأن فيه عذر انفساخ هذا البيع على تقدير هلاك المبيع في المالك للأول، وهو بالهلاك يعود إلى قديم مِلْكه، والهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول، فافترقا[(٤)].

(**وَمن اشْترى كيلياً كَيْلاً**)؛ أي: بشرط الكيل، قَيَّد به احترازاً عما لو اشتراه مجازفة؛ فإنَّه حينئذ يجوز له التصرف فيه قبل القبض، وأما إذا اشتراه مكايلة، فإنَّه (**لَا يجوز لَهُ بَيْعه وَلَا أكله حَتَّى يكيله**) المشتري

---

(١) ينظر: درر الحكام: (٦/٣٢٨)، النهر الفائق: (٣/٤٦٢).

(٢) رواه البخاري (٣/٦٨)، برقم ٢١٣٥، باب: النهي عن بيع الطعام قبل أن يقبض، عن عمرو بن دينار أنه سمع طاوساً يقول: سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول: أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله.

(٣) ينظر: فتح العزيز: (٨/٤٤٤)، وأسنى المطالب: (٢/٨٦).

(٤) ينظر: المبسوط: (١٣/٩)، ومختصر القدوري: ص٨٦.

ثانياً[(١)]؛ لأَنَّه - ﷺ - «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري»[(٢)]؛ لأَنَّه يحتمل أن يزيد على المشروط، والزائد يكون للبائع، والتصرف في مِلْك الغير حرام، فتجب التحرز عنه، بخلاف ما إذا كان البيع جزءاً، فلأنه إذا زاد، فالزيادة تكون له، فلا يلزم محذور.

(وَكفى كيل البَائِع بعد العقد)؛ أي: بعد عقد البيع (بِحَضْرَتِهِ)؛ أي: بحضرة المشتري، حتى لو كال البائع الطعام المبيع بحضرة المشتري، فقد قيل: لا يكفي؛ لظاهر الحديث، فإن معناه: الكيل مرتين، لكن الصحيح أنه يكفي به، فإِنَّه إذا كان البائع والمشتري حاضرين، وكيل الطعام بحضرتهما مرة واحدة؛ يكون ذلك الكيل قائماً مقام الكيلين، ولذا قال المصنِّف: (هُوَ الصَّحِيح، وَمثله)؛ أي: مثل الكيل[(٣)].

و(الوزني والعددي)، فلا بد في الوزني أن يوزن مرتين، ولا بد في العددي أن يعد مرتين، ويكفي وزن البائع وحده بعد العقد بحضرة المشتري (لَا المذروع)؛ أي: لا يلزم ذرعه مرتين؛ لأَنَّه خارج عن النص، فلا يكون حكم ما يتناوله النص؛ ولأن الذرع وصف في ثوب، فلو ظهر أكثر من المُسَمَّى؛ كان الزائد للمشتري[(٤)].

قال الزيلعي: «هذا إذا لم يُسمّ بكل ذراع ثمناً، وإن سَمَّى؛ فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع»[(٥)]، [واعلم أن المصنِّف كما ترى جعل العددي لا الكيلي، والوزني، ويفهم منه أنه بالاتفاق، لكن ذكر صاحب الهداية

---

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٣٠، والنهر الفائق: (٤٦٤/٣).

(٢) رواه البيهقي، ينظر: سنن البيهقي الكبرى (٣١٦/٥)، برقم ١١٠١٤، باب: الرجل يبتاع طعاماً كيلاً، وقال ابن حجر: إسناده حسن، ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري: (٨٤/١٦).

(٣) ينظر: البحر الرائق: (١٢٨/٦)، والنهر الفائق: (٤٦٥/٣).

(٤) ينظر: البحر الرائق: (١٢٩/٦).

(٥) تبيين الحقائق: (٨٢/٤).

وغيره: أنه عند أبي حنيفة كالموزون فيما يُروى عنه، وكالمذروع فيما يُروى عن أبي يوسف، ومحمد[١]][٢].

(وَصَحَّ التَّصَرُّف فِي الثّمن)؛ أي: تصرف البائع في ثمن المبيع بهبة، أو بيع، أو غيرهما إذا كان عيناً، وأما إذا كان دَيناً، فالتصرف فيه هو تمليكه ممن عليه دَين (قبل قَبضه)؛ لأَنَّ الأثمان لا تُعَيَّن في العقود، وليس فيها عذر انفساخ العقد بهلاكه، (و)صح للبائع (الحط مِنْهُ)؛ أي: من الثمن بعد تعينه في البيع.

(وَ)صح للمشتري (الزِّيَادَة فِيهِ)؛ أي: في الثمن للبائع بعد تعيينه فيه؛ لأن المتعاقدين بالحط يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف آخرها مشروع[٣].

(حَال قيام الْمَبِيع) يتعلق بالزيادة (لَا بعد هَلَاكه)؛ أي: لا تصح الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع، (وكذ االزيادة فِي الْمَبِيع)؛ يعني: أن الزيادة إنَّما تصح حال قيام المبيع؛ لأنه بعد الهلاك لم يبقَ بمال يمكن إعطاء العوض عنه؛ لأن التعويض عن المعدوم محال، بخلاف الحط؛ لأَنَّه إسقاط، فلا يستدعي محلاً يستند إليه، وبهذا يظهر أن الزيادة على المبيع تَقْتَضِي وجوده، فلهذا خصه به، (وَيتَعَلَّق الاستحقاق)؛ أي: استحقاق البائع، والمشتري (بِكُل ذَلِك) المذكور من الزيادة، والحط حتى لا يكون للمشتري أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة، وللبائع أن يحبسه حتى يستوفي الزيادة[٤].

وإذا ظهر للمبيع مستحق يرجع المشتري على البائع بالزيادة، وفسر ذلك بقوله على سبيل التفريع، (فيرابح ويُولِّي على الْكل أَن يزِيد)؛ يعني:

---

(١) ينظر: الهداية: (٣/٧٠).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٨٢)، والنهر الفائق: (٣/٤٦٥).
(٤) ينظر: الاختيار: (٢/٨)، ودرر الحكام: (٢/١٨٥).

إن زاد البائع في المبيع، أو المشتري في الثمن، فالمشتري يرابح على المجموع من الأصل، والزيادة، فيقول: قام علي بكذا، ويبيع تولية، كذلك مثل اشترى متاعاً بعشرة، ثم زاد، والبائع خمسة، فإن باع ذلك المتاع مرابحة، يقول: قام علي بخمسة [عشر (وعَلى مَا بَقِي)؛ أي: لو حط؛ يعني: لو (إنْ حط)، البائع في ثمن المتاع خمسة، فإذا باعه المشتري تولية يبيعه بخمسة بأن يقول: قام علي بخمسة][1]، (وَالشَّفِيع يَأْخُذ بِالْأَقَلِّ فِي الْفَصْلَيْنِ)؛ أي: في فصل الزيادة على الثمن والحط عنه، وإنَّما لم تظهر الزيادة في حق الشفيع؛ لأَنَّ حقه لتعلق بالعقد الأول، فلا يملكان التصرف فيه فيما يرجع إلى الإضرار بالشفيع[2].

(وَمن قَالَ) لآخر: (بِعْ عَبدك من زيد بِأَلف على أَنِّي ضَامِن كَذَا) نحو مئة مثلاً (من الثّمن سوى الْألف)؛ صحَّت الكفالة إن باع ذلك العبد لزيد، ويكون كأن صاحب العبد باعه من زيد بألف، ثم إن الكفيل تبرع بزيادة مئة في الثمن من عند نفسه؛ لأَنَّ المشتري لو زاد في الثمن مئة كانت [أ/٢٥٥] لازمة عليه، فكذلك زيادة الكفيل صحيحة، ويصير ثمن العبد ألفاً ومئة ألف على زيد، ومئة على الكفيل[3].

وإذا طلب البائع الثمن (أَخذ الْألف من زيد وَالزِّيَادَة)؛ أعني: المئة (مِنْهُ)؛ أي: من الضامن؛ وإنَّما صح هذا؛ لأَنَّ الكفيل تبرع بالمئة، وهي ماله، فله إلى حيث شاء، ولا ضرر فيها على زيد؛ لأَنَّه لم يأمره بذلك، وفيه نفع للبائع بزيادة الثمن، (وَإِن لم يقل من الثّمن) بل قال: عليّ أنا ضامن المئة مطلقاً، (فالألف) التي هي ثمن العبد (على زيد وَلَا شَيْء عَلَيْهِ)؛ أي: لا يلزم الضامن شيء، بل يصير كلامه لغواً؛ لأَنَّه كفل بمجهول، ولا يمكن تصحيحه، فسقط اعتباره.

[ذكر صاحب الهداية هذه المسألة في مسائل منثورة، أوردها بعد

(١) سقط من: (أ).

(٢) ينظر: العناية: (١٢٣/٧)، ودرر الحكام: (١٨٥/٢).

(٣) ينظر: الهداية: (٧٧/٣)، والبحر الرائق: (١٨٩/٦).

السَّلم زاعماً أنها لا تنظم مع مسائل باب من الأبواب، والمصنِّف ردها إلى إياها ونظمها مع ما يناسبها[(١)]][(٢)].

(و[(٣)] كل دَين) حال إذا (أُجِّل بِأَجل مَعْلُوم؛ صَحَّ) للدائن (تَأْجِيله)؛ لأَنَّ الدين حق للدائن، فله أن يتصرف في حقه بتأخير طلبه، ولا بد من قَبُول المديون، فلو لم يقبله بطل التأخير، (إِلَّا الْقَرْض)؛ لأَنَّه في الابتداء صلة وإعادة، (إِلَّا) القرض (فِي الْوَصِيَّة)؛ فإِنَّه يصح بأن أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سَنَة حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه، ولا يطالبوه قبل المدة؛ لأَنَّه وصية بالتبرع، كالوصية بالخدمة، والسكنى، فيلزم حقي للموصي.

(وَلَا يَصح التَّأْجِيل) في الديون، وغيرها (إِلَى أجل مَجْهُول متفاحش) جهالة جراً، (كهبوب الرِّيح)؛ يعني: باع كذا مؤجلاً إلى أن يهب ريح الشمال؛ لأَنَّه غرر محض؛ إذ ليس له وقت معين، وقد لا يهب، فتفاحشت الجهالة[(٤)].

(وَيصِح) التأجيل (فِي المتقارب) وهو ما يكون مجيئه مقطوع به، لكن قد يتقدم، وقد يتأخر، فلا تصير الجهالة فاحشة، فيصبح هذا التأجيل، (كالحصاد)، والدياس، (وَنَحْوه)، فإن كلّاً منهما سيقع لا محالة، فتحمل قيد الجهالة اليسيرة؛ لكونه تبرعاً لا نزاع فيه[(٥)].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) ينظر: الهداية: (٧٨/٣).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) في (أ) زيادة: (لقد أصابوا).
(٤) ينظر: المبسوط: (٢٧/١٣)، والمحيط البرهاني: (١٠٠/٤)، والنهر الفائق: (٤٣٨/٣).
(٥) ينظر: الجوهرة النيرة: (٢١١/١)، والعناية: (٥٣/٦).

باب الرِّبا

بالقصر، وكسر الراء، وقد يفتح في النسبة يكتب بالألف، ويثنى بالواو، ويكتب بالمصحف بالواو، وهو في اللغة الزيادة مطلقاً، وفي الشرع ما ذكره المصنِّف بقوله: (**هُوَ فضل مَال خَال عَن عوض**)؛ أي: زيادة مال لا يقابلها عوض[(١)] احترز به عن بيع كر بر، وكر شعير بكري بر، وكري شعير، فإن للثاني فضل على الأول، لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس إلى خلاف الجنس.

(**شَرط**) ذلك الفضل (**لأحد الْعَاقِدين**) احترز به عما شرط لغيرهما؛ فإنَّه لا يكون ربا[(٢)].

المراد بالشرط: ما يعم الشرط حقيقة، أو حكماً [ليدخل فيه فضل ازداد بعد العقد في أحد العوضين، ولا يخفيان ترك ذكر الشرط أحسن][(٣)] (**فِي مُعَاوضَة**) متعلق بشرط، أو صفة ثالثة (**مَال بِمَال**) احترز به عن الفضل الخالي عن العوض في الهبة، فلا يكون ربا.

والأصل في تحريمه قوله عز من قائل: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقد جاء الوعيد عليه، وعلى أكله في خمسة مواضع من الكتاب العزيز.

---

(١) ينظر: التعريفات: ص١٤٦، وأنيس الفقهاء: ص٢١٤.

(٢) ينظر: الهداية: (٦٠/٣)، والنهر الفائق: (٤٦٩/٣).

(٣) سقط من: (ب).

(وعلته **الْقَدْر**)؛ أي: علة كون المال ربا المساواة الذي يلزمه عند فواتها الربا، أو علة كون ربا، أو علة حرمة الفضل العدد، وهو الكيل في المكيل، والوزن في الموزون، (**وَالْجِنْس**)، وهو كون العوضين من جنس واحد(١).

اختلفوا في العلة، فقال بعض أصحابنا: «إن علة الربا الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس»، لكن جمهورهم على أن العلة هي القَدْر، والجنس، وهذا أشمل، ولهذا اختاره المصنِّف، والأصل فيه الحديث المشهور، وهو قوله ـ ﷺ ـ: «**الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا**»(٢)؛ أي: بيعوا مثلاً بمثل، وهذه الأشياء الستة هي الأصل في الربا، وما عداها يقاس عليها.

وقد اجتمعت الأمة على تعدي الحكم منها إلى بقية المكيلات، والموزونات، ولا يُعتبر الوصف، لقوله ـ ﷺ ـ: «**جيدها ورديئها سواء، فمن زاد، واستزاد؛ فقد أربا، والآخذ، والمعطي فيه سواء**»(٣) وفي الكفاية: يعرف اختلاف الجنس باختلاف الاسم، قال قاضي خان: «العنب جنس واحد، وإن اختلف ألوانه، وأسماؤه، وإذا ثبت هذا؛ (**فَحرم بيع الكيلي والوزني بِجِنْسِهِ مُتَفَاضلاً أَو نَسِيئَة**)؛ أي: بآجل، (**وَلَو**) ـ للوصل ـ (**غير مطعوم**) [احتراز عن قول مالك، والشافعي(٤)، فإن

---

(١) ينظر: الهداية: (٣/٦١)، وتبيين الحقائق: (٤/٨٥).

(٢) رواه مسلم (٥/٤٤)، برقم ٤١٤٧، باب: الصرف، وبلفظ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف؛ فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

(٣) رواه مسلم (٥/٤٤)، ٤١٤٨ برقم، باب: الصرف، وبلفظ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء».

(٤) المنقول عن الإمام مالك لا يجوز التفاضل في العنب بعضه ببعض، وإن كان أحدهما لا يتزبب. ينظر: النوادر: (٦/٩)، ومنح الجليل: (٥/١٦)، وكذلك الشافعية=

عندهما: يجوز التفاضل، وفي غير مطعوم][1] (كالجص وَالْحَدِيد)، لوجود علة الربا فيها عندنا، وهي الجنسية، والقَدْر، [فإن الأول من المكيلات، والثاني من الموزونات][2]، (وَحل) البيع في الأشياء المذكورة حال كون كل واحد منها[3] (متماثلاً بعد التَّقَابُض)، ككُرِّ بُرٍّ بِكُرِّ بُرٍّ، ومنٍّ سَمِنٍ بمَنٍّ سَمِن، (أَو مُتَفَاضلاً [غير مُعيَّر)؛ أي: حل بيع كل من المذكورين بجنسه متفاضلاً][4] فيما لا يدخل في المعيار، (كحفنة) بر ـ بالحاء المهملة ـ قَدْر ملء الكفين من طعام يابس، كالدقيق، ونحوه (بحفنتين) منه، وملعقة سمن بملعقتين؛ لأَنَّ ذلك لم يدخل تحت الكيل والوزن؛ لأَنَّ الشرع لم يقدر معيار لما دون نصف الصاع، فهو في حكم الحفنة.

(وبيضة ببيضتين، وَتَمْرَة بتمرتين، فَإِن وجد) في العقد (الوصفان)؛ يعني: الجنس، وما ينضم إليه من الكيل، والوزن (حرم الْفضل) لوجود علة الربا حقيقة[5]، (و)حرم (النَّسَأُ) ـ بالمد ـ التأخير[6]، فلا يجوز بيع قفيز بر بقفيز منه متساوياً، وأحدهما نسأ لوجود شبهة الربا، وإن كانا متساويين، فإن النقد خير من النسيئة.

والشبهة في هذا الباب، كالحقيقة في اقتضاء الحرمة، (وَإِن عدما)؛ أي: الوصفان معاً؛ (حلا)؛ أي: الفضل، والنسأ لعدم العلة المحرمة، كالحيوان بالثياب.

[والمصنف لم يذكر مثالا لاجتماع الوصفين، ولا لعدمهما

= لا يجيزون التفاضل في المطعومات الربوية، ولا بد من المماثلة. ينظر: البيان: (١٩٩/٥)، وكفاية الأخيار: ص٢٤٧.

(١) سقط من: (ب).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: الهداية: (٦١/٣)، والعناية: (١٠/٧).

(٤) سقط من: (أ).

(٥) ينظر: الجوهرة النيرة: (٢١٢/١)، والبناية: (٢٦٩/٨).

(٦) ينظر: المعجم الوسيط: (٩١٦/٢)، والمطلع على أبواب الفقه الحنبلي: (٢٣٩/١).

لظهورهما][1]، **(وَإِن وجد أَحدهمَا فَقَط)** فقط؛ أي: وجد الجنس ولم يوجد القَدْر، أو وجد القَدْرُ ولم يوجد الجنس؛ **(حل التَّفَاضُل)** كبيع الثوب الهروي بالهروي لانعدام القَدْر، ونظير انعدام الجنس، فقال: الحنطة بالشعير **(لا يحل النسأ)**، ومثل لهذا النوع خفاء فيه، أو لقياس عليه ما تقدم[2]، **(فَلَا يَصح سلم هروي)**، وهو ضرب من الثياب يصنع في هرات كثيراً، فنسب إليها، وإن كان يصنع في غيرها، وهذا مثال لوجود الجنس من غير قدر؛ لأَنَّ في النقد شبهة الفضل على النسيئة، إذا تساوى ذاتهما، **(وَلَا)** يصح سلم **(بر فِي شعير)**، وهذا مثال لوجود القدر من غير جنس[3].

وكان الأولى أن يقول: ولا كر بر في كر شعير، كما قال صاحب المجمع في شرحه.

(وَشرط التَّعْيِين والتقابض فِي الصّرْف)، في المجلس؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «**الفضة بالفضة هاء وهاء، [أ/٢٥٦] والذهب بالذهب هاء وهاء**»؛ أي: يد بيد، عيناً بعين[4].

[واعلم أن هذه المسألة من باب الصرف، وأبحاثها، وفروعها تذكر هناك، وإنَّما أوردها هنا؛ لأَنَّ عقد الصرف يقع في أموال الربا، فناسب إيرادها فيه؛ لأَنَّ الصرف في الحقيقة بيع يقع على جنس الأثمان، وهي مما يعذر، وقد تذكر بعض المسائل في مواضع متعددة باعتبارات مختلفة؛ إذ لكل مقام مقال][5].

(وَ)شرط **(التَّعْيِين فَقَط فِي غَيره)**؛ أي: في غير الصرف، ولا يشترط

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة: ص٧٧.
(٣) ينظر: المبسوط: (١٢/١٧٨)، والنهر الفائق: (٣/٤٧٢).
(٤) ينظر: العناية: (٧/١٨)، والنهر الفائق: (٣/٤٧٢).
(٥) سقط من: (ب).

التقابض في المجلس، بل يكفي تعيين المبيع، (وَمَا نَص على تَحْرِيم الرِّبَا فِيهِ كَيْلاً؛ فَهُوَ كيلي أبداً)؛ يعني: كل شيء نص رسول الله ـ ﷺ ـ على حرمة التفاضل فيه كيلاً، فهو مكيل أبداً، (كالبر، وَالشعِير، وَالتَّمْر، وَالْملح)، فهذه الأربعة كيلية[1].

وإن تعامل الناس فيها بالوزن، (أَو على تَحْرِيمه وزناً؛ فَهُوَ وزني أبداً)؛ أي: ما نص ـ ﷺ ـ على تحريم التفاضل فيه وزناً، فهو موزون أبداً، وإن تركوا الوزن فيه، (كالذهب وَالْفِضَّة) وذلك؛ لأَنَّ نص الشارع أقوى من العُرف، والأقوى لا يترك بالأدنى[2]؛ (وَلَو تعورف بِخِلَافِهِ) عائد إلى النوعين؛ لأَنَّ أمر الشارع واجب الامتثال، وما نص عليه لا يتغير بحال، قال الله ﷻ: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾ [الحشر: ٧].

(وَمَا لَا نَص فِيهِ حمل على الْعُرف)؛ أي: يحمل على عادات الناس، واستعمالهم، فما تعاملوا فيه بالكيلي كيلي، وتعاملوا فيه بالوزن وزني؛ لأَنَّ العرف، والعادة من الدلائل الشرعية ما لم ينص عليه، (كَغَيْر السِّتَّة الْمَذْكُورَة) من المكيلات، والموزونات الربوية، (فَلَا يجوز بيع الْبر بِالْبرِّ متماثلاً، وزناً وَلَا الذَّهَب بِالذَّهَب متماثلاً كَيْلاً)، كما لم يجز مجازفة، وإن تعارفوا ذلك لاحتمال فضل على ما هو المعيار فيه.

(وَجَاز بيع فلس معِين بفلسين مُعينين) عند الشيخين (خلافاً لمُحَمد)؛ لأنه صار، ثمناً باصطلاح الناس كلهم، فلا يبطل باصطلاحهما، فصار كبيع درهم بدرهمين.

ولهما: إن الثمنية تثبت في حقهما باصطلاحهما، [وقد أبطل اصطلاحهما تصحيحاً، فكانت عروضاً، وللمتعاقدين ولاية على أنفسهما، فلم يكن إجماع غيرهما على الثمنية مانعاً من أن يترك الاصطلاح في

---

(١) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٧، والاختيار: (٢/٣١).

(٢) ينظر: المصدران السابقان.

حقهما][١] قيد بأعيانهما؛ لأنهما لو كانا بغير أعيانهما لا يجوز؛ لأنَّه يؤدي إلى الربا بخلاف الدراهم؛ لأنهما ثمن بأصل الخِلْقة[٢].

(وَيجوز بيع الكرباس بالقطن)؛ وكذا بالغزل كيف ما كان؛ لاختلافهما جنساً باعتبار المقصود، فإن القطن يقصد منه ما لا يقصد من الكرباس، وكذلك معيارهما مختلف، فإن القطن يباع وزناً، والكرباس ذرعاً، فانعدمت علة الربا فيهما، فيجوز بيعهما متفاوتاً ومتساوياً.

(وَ)يجوز (بيع اللَّحْم بِالْحَيَوَانِ) عند الشيخين مطلقاً سواء كان من جنسه أو من خلاف جنسه، (وَعند مُحَمَّد)، والشافعي: (لَا يجوز بَيْعه بحيوان)[٣] من (جنسه حَتَّى يكون اللَّحْم) المفرز (أَكثر مِمَّا فِي الْحَيَوَان) المبادل به (من اللَّحْم)، ليكون مقدار الحيوان مقابلاً له، ويكون الباقي الزائد بمقابلة السقط؛ يعني: الجِلْد، وما في البطن، إذا لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث الزيادة السقط، وهو القياس[٤]، ولهما: إنه بيع موزون بغيره، فيجوز كيف ما كان استحساناً.

(وَيجوز بيع الدَّقِيق بالدقيق متماثلاً كَيْلاً)؛ لتحقق الشرط (لَا)؛ أي: لا يجوز بيع الدقيق (بالسويق)[٥] عند أبي حنيفة ـ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ـ (أصلاً)؛ أي: تفاضلاً، ولا متساوياً؛ لأنَّه لا يجوز بيع الدقيق بالحنطة المغلية، ولا بيع السويق بالحنطة[٦]، فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه (خلافاً لَهما)؛ لأنهما جنسان لاختلاف المقصود منهما.

والإمام يقول: معظم المقصود، وهو التغذي يشملهما، فهما جنس

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: درر الحكام: (١٨٨/٢)، والبحر الرائق: (١٤٢/٦).

(٣) ينظر: المجموع: (١٩٥/١١)، وحاشيتا قليوبي وعميرة: (٢١٧/٢).

(٤) ينظر: الاختيار: (٣٣/٢)، والنهر الفائق: (٤٧٨/٣).

(٥) (السويق) طعام يتخذ من مدقوق الحنطة والشعير، سمي بذلك؛ لانسياقه في الحَلْق. ينظر: المعجم الوسيط: (٤٦٥/١).

(٦) ينظر: درر الحكام: (١٨٨/٢)، والنهر الفائق: (٤٧٩/٣).

واحد، ولا يبالي بفوات البعض، كالحنطة المغلية، وغير المغلية، (وَيجوز بيع [الرطب])[١]، بالرطب متماثلاً كيلاً بكيل بالإجماع، وكذا بيع الرطب (بِالتَّمرِ وَالْعِنَب بالزبيب متماثلاً) عند أبي حنيفة؛ لقوله - ﷺ -: «إذا اختلف النوعان، فبيعوا كيف شئتم»[٢] (خلافاً لَهما)[٣]؛ لأَنَّه - ﷺ - سئل عن بيع الرطب بالتمر؛ فقال: «أينقص إذا جف؟» فقيل: نعم، فقال: «فلا إذن»[٤]، (وَكَذَا بيع الْبر رطباً أَو مبلولاً بِمثلِهِ)؛ أي: بمثل البر رطباً، أو مبلولاً، فيشمل ثلاث صور، (أَو باليابس)، وهو يشمل صورتين، [ويجوز بيع][٥] (وَالتَّمْر وَالزَّبِيب مُنْقَعَيْن) صفة للتمر، والزبيب يقال: نقع الزبيب في الماء، ونقعه: إذا بله فيه؛ لخروج حلاوته، وهذا يشمل صورتين مع التمر المنقع بمثله.

وكذا يجوز بيع المنقع من التمر، والزبيب اليابس منه (بمثلهما) حال واحد من الأشياء المعدودة (مُتَسَاوِياً) عند الشيخين، فهذه تسع صور، واقتصر المصنِّف على السبعة الأول، اقتفاء بكلام الهداية[٦] (خلافاً لمُحَمد) في الجميع، فإن عنده: لا يجوز شيء من ذلك.

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) رواه مسلم (٤٤/٥) برقم ٤١٤٧، باب: الصرف، بلفظ: «إذا اختلف هذه الأصناف؛ فبيعوا كيف شئتم».

(٣) ينظر: المحيط البرهاني: (٣٥٤/٦)، والبحر الرائق: (١٤٤/٦).

(٤) رواه الترمذي (٣٤٨/٢)، برقم ١٢٢٥، باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة، بلفظ: «أينقص الرطب إذا يبس» وقال: حديث حسن صحيح. ينظر: سنن الترمذي (٣٤٨/٢).

(٥) سقط من: (أ).

(٦) نص عبارة الهداية: (وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة، أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوز جميع ذلك؛ لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال، وهو المال، وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يعتبره في الحال، وكذا أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر؛ لما رويناه لهما، ووجه الفرق لمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ بين هذه الفصول، وبين الرطب بالرطب: أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد، وفي الرطب بالتمر مع=

والأصل في جنس هذه المسائل عندهما اعتبار المتساوي في الحال الذي وقع العقد فيه، وعند محمد: اعتباره في الحال والمآل، وهو ما بعد الجفاف، (وَيجوز بيع لحم حَيَوَان بِلَحْم حَيَوَان) من (غير جنسه مُتَفَاضلاً وَكَذَا اللَّبن)؛ يعني: يجوز بيع لبن حيوان بلبن حيوان آخر من غير جنس الأول متفاوتا، كلحم البقر بلحم الضأن، ولبنه بلبنه يجوز متفاوتاً، ومتساوياً اعتباراً لأصولهما[١].

[ولما كان في بعض أجناس الحيوان نوع اشتباه، هل هي جنس لأحد أو أجناس متباينة؟ بين المصنِّف ذلك بقوله][٢]: (والجاموس مَعَ الْبَقر جنس وَاحِد، وَكَذَا الْمعز مَعَ الضَّأْن) الضأن جنس واحد، (وَالْبخْت)[٣] مع الإبل (مَعَ العراب)[٤] جنس واحد، واللحوم والألبان فروع أصول مختلفة الجنس.

(وَيجوز بيع خل الْعِنَب بخل الدقل مُتَفَاضلاً)؛ لاختلاف أصلهما، والدَّقَل: بفتح الدال والقاف، هو: الرديء من التمر[٥] خص به إجراء للكلام مجرى العادة؛ لأنهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل؛ وإلا فالحكم في خلِّ كل تمر كذلك[٦]، (وَكَذَا شَحم الْبَطن بالإلية) يجوز بيع أحدهما بالآخر، لاختلاف جنسيهما.

= بقاء أحدهما على ذلك، فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم، فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه، فلا يعتبر الهداية (٦٤/٣).

(١) ينظر: البناية: (٢٨٥/٨)، وفتح القدير: (٢٥/٧)، ودرر الحكام: (١٨٨/٢).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) البخت: هي الإبل الخراسانية. ينظر: المعجم الوسيط: (٤١/١)، القاموس المحيط: ص١٨٨.

(٤) العراب خلاف البخاتي الواحد عربي. ينظر: المعجم الوسيط: (٥٩١/٢)، والمصباح المنير: (٤٠٠/٢).

(٥) ينظر: المغرب: (٢٩٢/١)، والصحاح: (٤٢١/٣).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع: (١٨٩/٥)، وفتح القدير: (٣٦/٧)، وتبيين الحقائق: (٩٤/٤)، والبناية: (٢٩٥/٨).

قوله: (أَو بِاللَّحْمِ) معطوف على الإلية؛ أي: يجوز بيع الشحم باللحم، (وَالْخبْز بِالْبرِّ) عطف على خل العنب؛ أي: ويجوز بيع الخبز بالبر عددي، أو وزني بالبر كيلي، فلم يجمعهما القَدْر (أَو الدَّقِيق أَو السويق).

(وإنْ) ـ وصلية ـ كان (أَحدهمَا)؛ أي: أحد البدلين (نَسِيئَة)؛ يعني: يجوز بيع الخبز بأي هذه كان متساوياً، ومتفاضلاً، وأحدهما نقد، أو لآخر نسيئة، ومعناه أن يكون الخبز، وما يباع به كلاهما من الحنطة(١)، وفي نوادر ابن رستم(٢) على قول أبي حنيفة، ومحمد: لا يصح في الخبز، ولكن [٢٥٧/أ] الصحيح هو الأول، وهو اختيار المشايخ المتأخرين من أصحابنا، ولهذا قال المصنِّف: و(بِهِ يُفْتى)(٣) لحاجة الناس(٤).

(وَلَا يجوز بيع الْجيد بالرديء)(٥) إذا قوبل بجنسه مما فيه الربا؛ لما مر من قوله ـ ﷺ ـ: «جيدها ورديئها سواء» (إِلَّا مُتَسَاوِيا)؛ لأنهما جنس واحد، (وَكَذَا الْبُسْر بِالتَّمْرِ)؛ يعني: لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إلا متساوياً(٦) (وَلَا) بيع ([الْبر](٧) بالدقيق أَو بالسويق)؛ لما قلنا: (أَو

---

(١) ينظر: فتح القدير: (٣٦/٧)، والنهر الفائق: (٤٧٨/٣ ـ ٤٧٩).

(٢) ابن رستم: هو إبراهيم بن رستم أبو بكر المروزي، أحد الأعلام، تفقه على محمد بن الحسن، وروى عن أبي عصبة نوح بن أبي مريم المروزي وأسد بن عمر والبجلي، وهما ممن تفقها على أبي حنيفة ﷺ، تفقه عليه الجمع الغفير، وسمع من مالك والثوري وشعبة وحماد بن سلمة وإسماعيل بن عياش وبقية بن الوليد وغيرهم، قدم بغداد غير مرة وحدث بها، فروى عنه إمام أئمة الحديث أبو عبد الله أحمد بن حنبل توفي ٢١٠هـ. ينظر: الجواهر المضية: (٢٩/١)، وطبقات الحنفية: (٧٥/١).

(٣) واحدة من علامات الإفتاء (وَبِهِ يُفْتَى، عَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَبِهِ نَأْخُذُ، وَعَلَيْهِ الِاعْتِمَادُ، وَعَلَيْهِ عَمَلُ الْيَوْمِ، وَعَلَيْهِ عَمَلُ الْأُمَّةِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، أَوْ الْأَصَحُّ، أَوْ الْأَظْهَرُ، أَوْ الْأَشْبَهُ، أَوْ الْأَوْجَهُ، أَوْ الْمُخْتَارُ، وَنَحْوُهَا). ينظر: رد المحتار: (٧٢/١).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (٩٥/٤) وفتح القدير: (٣٧/٧).

(٥) أي: (لا يجوز بيع الجيد بالرديء) مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل؛ لإهدار التفاوت في الوصف. ينظر: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية: (٥٠٩/٤).

(٦) ينظر: الهداية: (٦٤/٣)، والعناية: (٣٢/٧).

(٧) سقط من: (أ).

بالنخالة) معناه: حال كون هذه الثلاثة من الحنطة (مُطلقاً)؛ أي: متفاضلاً، أو متساوياً، أو أحداهما نسيئة؛ لأَنَّ المجانسة باقية من وجه باعتبار أن كل واحد منها جزء من الحنطة، والكل مكيلات، والكيل فيها غير مستو للاكتناز في الحنطة، والتخلخل في الباقي[1].

(وَلَا بيع الزَّيْتُون بالزيت، والسمسم بالشيرج حَتَّى يكون الزَّيْت والشيرج[2] أَكثر مِمَّا فِي) ضمن (الزَّيْتُون والسمسم؛ لتَكون الزِّيَادَة بالشيرج) هو كل شيء يعصر كالعنب وغيره، وقيل: هو عصارة التمر[3]، وبعض الدهن، أو الشيرج وحده فضل، ولو لم يعلم مقدار ما فيها لم يجبر؛ لأَنَّ الفضل الذي يتوهم وجوده، كالمتحقق في الربا، (وَلَا يستقرض الْخبز أصلاً)؛ أي: لا يجوز استقراضه وزناً، ولا عدداً عند أبي حنيفة؛ لأَنَّه يتفاوت بالخبز، والخباز، والتنور، والتقدم، والتأخر، والجودة، وغير ذلك غالباً، لتنتفي القدرة على رد المثل من كل وجه[4].

والاستقراض إنَّما يصح في المثلي، وهو كل شيء يكال، أو يوزن، (وَعند أبي يُوسُف: يجوز) استقراض الخبز (وزناً) لا عدداً، ولأن إعادة متفاوت بالعد ودون الوزن، (وبه يفتى)، ذكره الزيلعي[5]، (وَعند مُحَمَّد: يجوز) استقراضه (عدداً أَيْضاً)؛ أي: كما يجوز وزناً اعتبار التعامل، والقياس يترك بالتعامل.

(وَلَا رَباً بَين السَّيِّد وَعَبده) هذا إذا كان مأذوناً، ولم يكن عليه دَين؛ إذ لو لم يكن مأذوناً لا يتحقق أصل البيع، وإن كان عليه دَين يتحقق الربا بينهما؛ لأن ما في يده ليس مِلْك المولى عنده، وعندهما: تعلق به حق

---

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٦/٣٥٦)، والنهر الفائق: (٣/٤٧٩).

(٢) الشيرج: هو دهن السمسم. ينظر: المصباح المنير: (١/٣٠٨)، والمعجم الوسيط: (١/١٩٤).

(٣) ينظر: المصباح المنير: (١/٨٠)، والمعجم الوسيط: (١/ ٩٤).

(٤) ينظر: المبسوط: (١٢/١٨٠)، والنهر الفائق: (٣/٤٧٩).

(٥) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٩٦)، وعيون المسائل: ص١٥٩.

الغرماء به، فصار كالأجنبيين فيتحقق الربا كما يتحقق بين المولى ومكاتبه[(١)]، (**وَلَا**) ربا بين (**الْمُسْلم وَالْحَرْبِيّ فِي دَار الْحَرْب**)؛ لأَنَّ ماله مباح في دار الحرب، فبأي طريق أخذه مسلم أخذ مالاً مباحاً إذا لم يكن فيه عذر، بخلافه المستأمن منهم عندنا؛ لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان[(٢)]، [ثم إن المصنِّف أطلق هذه المسألة، وظاهرها أنها اتفاقية، وفيه نظر؛ لأن فيها خلاف أبي يوسف، والشافعي[(٣)]؛ لأَنَّ الربا يجري بينهما في دار الحرب عندهما اعتباراً بالمستأمن في دارنا، والفرق ظاهر][(٤)].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٩٧)، والعناية: (٧/٣٨).

(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٧، والبحر الرائق: (٦/١٤٦)، والنهر الفائق: (٣/٤٨٠).

(٣) ينظر: بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، للروياني: (٤/٣٩٥)، البيان: (٥/١٨٥)، والمجموع: (١١/٢٢٩).

(٤) سقط من: (ب).

باب الحقوق والاستحقاق

كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول البيوع، إلا أن المصنِّف التزم ترتيب الهداية، كما التزم صاحب الهداية ترتيب الجامع الصغير؛ ولأن الحقوق توابع البيوع، فيسبق ذكرها بعد مسائل البيوع.

والحقوق: جمع حق، والمراد بها ههنا: المستحق، بمعنى: المقبول، وهو ما يستحقه المشتري من توابع المبيع، ولو أحقه، كالطريق، ونحوه (يدْخل) للدارين من (الْعُلُوّ) الذي يكون فوق البيوت، أو فوق باب[1] (والكنيف): قيل: هو الساتر، وقيل: هو المستراح، سواء كان مسقفاً، أو غير مسقف[2] (فِي بيع الدَّار)؛ لأَنَّ الدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط، ويشتمل على بيوت، ومنازل صحن غير مسقف، والعلو من توابع الأصل، والكنيف من أجزائه، فيدخل فيه من غير إفراده بالذِّكْر، وكذا بئر الماء، (وَ) الأشجار في صحنها (لَا الظلة)؛ وهي في اصطلاحهم سقف قائم على أخشاب، ونحوها قدام باب الدار؛ لأنها مبنية على هواء الطريق، فلها حكمه[3].

ولا تدخل في بيع الدار عند أبي حنيفة مطلقاً، (إِلَّا بِذِكْر كلِّ حقٍّ) المراد به: ما يحتاج إليه المبيع، ويكون تابعاً له (هو لها)؛ أي: الحق

(١) ينظر: البحر الرائق: (٥/٣٢٠)، والنهر الفائق: (٣/٤٨١).

(٢) ينظر: المغرب: (٢/٢٥٣)، والمعجم الوسيط: (٢/٨٠١)، وأنيس الفقهاء: ص٢١٧.

(٣) ينظر: العناية: (٧/٤٠)، والبحر الرائق: (٥/٣٢٠).

لهذه الدار، (أَو بمرافقها)، وهي الأشياء التي يرتفق بها أهل الدار؛ أي: ينتفعون بها، كالمطبخ، والمتوضاء، ونحوهما[١].

[جمع مِرفَق، بكسر الميم، وفتح الفاء، وهو عطف على كل حق، أو على الظرف بحذف مضاف؛ أي: بذكر مرافقها، ولا يخفي أن الأحسن حذف الباء في المعطوفين][٢]، (أَو بِكُل قَلِيل وَكثير هُوَ)؛ أي: ذلك القليل، والكثير (فِيهَا، أَو) هو (مِنْهَا)، فإن الظلة منه القليل، والكثير الذي هو معدود من الدار، وداخل فيها بسبب الاتصال ببنائها.

[والظاهر: أن دخولها بذكر اللفظ الأخير مبني على قوله: (أو منها)، فكلمة، (أو) من الحكاية لآخر لفظ المصنِّف][٣]، (وَعِنْدَهُمَا: تدخل) الظلة في بيع الدار (إنْ كَانَ مفتحها)؛ أي: المكان الذي [يدخل][٤] إليها منه (فِي الدَّار)، فإنها تدخل حينئذ مخصوصة [بأهل][٥] الدار، [بغير ما ذكر من القيود؛ لأنها من توابع الدار؛ لأَنَّ استعمالها ومنفعتها تكون حينئذ مخصوصة بأهل الدار][٦] بخلاف ما إذا كان مفتحها إلى الخارج، فإنَّ كلَّ أحد يدخل إليها مثل أهل الدار، فلا تدخل من غير تنصيص، (وَلَا يدْخل الْعُلُوّ فِي شِرَاء منزل إلّا بِذكرٍ) ـ بالتنوين ـ (نَحْو: كل حق) هو له، أو بمرافقه [إلى آخره][٧]، [فما لم يذكر أحد هذه القيود بعد ذكر المنزل لا يدخل العلو فيه؛ لأَنَّ المنزل يشتمل على بيوت، وصحن، وسقف، ومطبخ[٨].

---

(١) ينظر: الهداية: (٣/٦٦)، البحر الرائق: (٦/١٤٨).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) في (ب): (في بيع).
(٦) سقط من: (أ).
(٧) في (ب): (أو بكل قليل أو كثير هو فيه أو منه).
(٨) ينظر: البحر الرائق: (٦/١٤٨) والنهر الفائق: (٣/٤٨١).

والبيت اسم لمسقف واحد له، فكان فوق البيت دون الدار، فله منزله بين المنزلتين، فيدخل العلو فيه تبعاً لذكر التوابع عملاً بشبهة بالدار، ولا يدخل بدونه عملاً بشبهة بالبيت، فكان الدار أعم من أختيها لاشتمالها عليهما][(١)]، (وَلَا) يدخل العلو (فِي شِرَاء بَيت، وَإِن) ـ وصلية ـ (ذكر كلّ حق)؛ لأنَّ البيت اسم لما يُبات فيه[(٢)]، والعلو مثله، والشيء لا يتبع مثله[(٣)].

قالوا: هذا الجواب على هذا التفصيل بناءً على عرف أهل الكوفة، وفي عرفنا يدخل العلو في الكل، سواء باع باسم البيت، أو المنزل، أو الدار، (وَلَا) يدخل (الطَّرِيق) في شراء منزل، وبيت، (و) لا (المسيل): هو موضع جري الماء من المطر، ونحوه[(٤)] (وَالشِّرب): ـ بكسر الشين ـ هو النصيب من الماء[(٥)] (إلّا بِذكرٍ؛ نَحْو: كل حق) هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيها أو منها؛ لأنّها خارج الحدود، إلا أنّه من التوابع، فيدخل بذكر التوابع لا بالإطلاق[(٦)].

(وَتدْخل) هؤلاء (فِي الْإِجَارَة[(٧)] بِدُونِ ذكر)؛ لأنَّ الإجارة تعقد للانتفاع بالمستأجر، ولا يتحقق الانتفاع بدون هذه الأشياء، [ولا كذلك البيع؛ لأنَّ الإنسان قد يشتري بيتاً لبيعه، ويشفع به، والانتفاع لا يكون مقصوداً[(٨)]][(٩)].

❊ ❊ ❊

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: لسان العرب: (١٢/٣٠).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٩٧)، والعناية: (٧/٤٠٩).
(٤) ينظر: المصباح الكبير: (١/٣٠٠)، ومعجم لغة الفقهاء: (٢/٢٣).
(٥) ينظر: التعريفات: ص١٦٦، وأنيس الفقهاء: ص٢٨٤.
(٦) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/١٠١)، والنهر الفائق: (٣/٤٨٢).
(٧) الإجارة عند الفقهاء: هي تمليك المنافع بمال. ينظر: الاختيار: ٢/٤٢٢.
(٨) ينظر: النهر الفائق: (٣/٤٨٣)، ينظر: تبيين الحقائق: (٤/١٠١).
(٩) سقط من: (ب).

فصل

[عقده المصنِّف لبيان الاستحقاق بعد أن بين الحقوق، وصاحب الهداية أفرد له باباً على حدة، وغيره لم يعترض لشيء [٢٥٨/أ] من ذلك معتمداً على أن الباب لبيان الحقوق والاستحقاق معاً، ولكل وجهه لا يخفى على الفقيه (الْبَيِّنَة)[١]، وقد صدر هذا الفصل بقاعدة يتخرج منها مسائل إجمالاً][٢].

فقال: البينة: هي الدليل والحجة الواضحة[٣] (حجَّة متعدية) إلى الغير تظهر في حق كافة الناس إذا اتصل بها قضاء القاضي، كما في العتق، والوقف، (وَالْإِقْرَار حجَّة قَاصِرَة)، فلا تتوقف على القضاء، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره، فيقتصر عليه، ولا تتعداه إلى غيره، (والتناقض) في الكلام (يمْنَع دَعْوَى الْمِلْك)؛ لأنّه يكون متهماً فيها، وهذا أصل لفروع كثيرة[٤].

وموضوعها في كتاب الدعوى (لا)؛ أي: لَا يمنع التناقض دعوى (الْحُرِّيَّة)، كالمكاتب إذا أقام بينة على أن مولاه أعتقه قبل الكتابة، فإنّه تقبل؛ لأنّه أمر ينفرد به المولى، فربّما لا يعلم العبد إعتاقه، ثم ليعلم بعد ذلك، (وَ) لا يمنع أيضاً دعوى (الطَّلَاق)، كالمرأة إذا اختلعت من زوجها، ثم أقامت بينة أنَّه طلقها ثلاثاً قبل الخلع، فإنّها تُقبل، ولها أن تسترد بدل الخلع، (وَ) لا يمنع التناقض دعوى (النّسب)، كالرَّجل باع عبداً ولد عنده، وباعه المشتري من آخر، ثم ادعاه البائع الأول أنّه ابنه تسمع دعواه، ويبطل البيع الأول والثاني، وذلك لأَنَّ النسب يُبْتَنى على العلوق، فيخفى عليه[٥].

---

(١) ينظر: الهداية: (٦٦/٣)، والعناية: (٤٤/٧).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: المعجم الوسيط: (٨٠/١)، ومعجم لغة الفقهاء: (١٣٨/١).
(٤) ينظر: العناية: (٤٤/٧)، والبحر الرائق: (١٥٣/٦).
(٥) ينظر: المصدران السابقان.

(فَلَو ولدت أمة مبيعة) عِندَ المشتري تفريع على قوله: البينة حجة متعدية، والمراد أنّها ولدت من غير مولاها، (فاستحقت بِبَيِّنَة تبعها وَلَدهَا)؛ أي: يأخذها المستحق وولدها معاً (إِن كَانَ) الولد (فِي يَده)؛ أي: في يد المشتري[١]، وقت القضاء، (وَقَضَىٰ بِهِ أَيْضاً)، كما قضى بأمه، فعلى هذا يلزم الحكم مرتين:

- أحدهما بالأم.
- والآخر بالولد، (وَقيل: يَكْفِي الْقَضَاء بِالْأُمِّ) لأخذ الولد معها؛ لأنّه تبع لها.

(وَإِن أقرّ) المشتري (بهَا) بالجارية وحدها (لرَجل لَا يتبعهَا) الولد، بل يأخذها المقر له لا (وَلَدهَا)؛ لأنّ الإقرار حجة قاصرة، كما مر، فيرجع بالثمن في الأولى دون الثانية على البائع، (وَإِن قَالَ شخص لآخر: اشترني فَأَنا عبد، فَاشْتَرَاهُ) بقوله، (فَإِذا هُوَ حر، فإِنْ كَانَ البَائِع حَاضراً أَو مَكَانَهُ مَعْلُوماً لَا يضمن الْآمِر) للمشتري ما أدى من الثمن[٢].

هذا تفريع على أن التناقض في دعوى الحرية معفو عنه، فإن هذا الشخص أقرَّ أولاً بالعبودية، ثم ظهر بعد ذلك أنّه حُرٌّ بِدعواه، فكان متناقضاً، لكِنّهُ مَعْفوٌّ عنهُ في دعوى الحرية، فتُقبل الشهادة، ويرجع المشتري على البائع، (وإلّا)؛ أي: وإن لم يكن البائع حاضر أو لا يعلم مكانه؛ (ضمن) الآمر للمشتري ما أداه؛ لأنّ الآمر المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه، أو سلامة الثمن عند تعذر استيفائه من البائع، فجعل المشتري مغروراً[٣].

والتقرير في المعارضة بسبب الضمان دفعاً للضرر بقَدْر الإمكان، فإذا

---

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٣٤، والنهر الفائق: (٤٨٧/٣).
(٢) ينظر: الهداية: (٦٦/٣)، وتبيين الحقائق: (١٠٠/٤).
(٣) ينظر: الهداية: (٦٦/٣) وتبيين الحقائق: (١٠٠/٤).

ظهر حريته، وأهليته للضمان وتعذر الاستيفاء من البائع حكم عليه بالضمان (وَرجع) الأمر بما ضمن (على البَائِع إِذا حضر)؛ لأنّه أدى دَيناً عليه، وهو مضطر فيه، فلا يكون متبرعاً، ولو لم يقل: اشترني، أو قاله، ولم يقل: إني عبد ليس على العبد شيء، (وَإِن) كان ذلك الشخص (قَالَ) لآخر: (ارتهني) فإني عبد، ففعل، وأعطى الراهن مالاً، فظهر أنه حر؛ (فَلَا ضَمَان) عليه (أصلاً)؛ أي: سواء كان الراهن حاضراً، أو مكانه معلوماً أو لا؛ لأَنَّه ليس بعقد معاوضة[1].

(وَمن ادّعى حَقاً مَجْهُولاً)، وجر معين (فِي دَار)، فأنكر المدعى عليه ذلك، (فصولح على شيءٍ، فَاسْتحقَّ بَعْضهَا)؛ أي: بعض الدار، (فَلَا رُجُوع عَلَيْهِ)؛ أي: المدعي بشيء؛ لأَنَّ له أن يقول: كانت دعواي في هذا الباقي، وأخذت البدل عوضاً عنه؛ فلا يثبت حق الرجوع بالشك، (وَلَو اسْتحق كلهَا؛ رد كل الْعِوَض) للعلم بأنه أخذ عوض ما لم يملكه، فيرد، فإن التوفيق غير ممكن، (وَفهم مِنْهُ)؛ أي: من جواب هذه المسألة بطريق القياس؛ (صِحَّة الصُّلْح عَن الْمَجْهُول) على بدل معلوم؛ لأَنَّ الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة[2].

وفُهِمَ مِنه أيضاً أنّ بطلان الدعوى لا يضر صحة الصلح، (وَلَو) كان المدعي المذكور (ادّعى) الدار (كلهَا)، فصولح على مئة درهم مثلاً استحق منها شيء (رد حِصَّة مَا يسْتَحق) من المئة، (وَلَو) كان (بَعْضاً) ذلك المستحق يرد من المئة بحسابه؛ لوجوب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل منه.

(وَلمن بَاعَ فُضُولِيّ مِلْكه أَن يفسخه)؛ أي: بيع الفضولي، وهذه العبارة تفيد أن البيع منعقد بمباشرة الفضولي؛ لأنّ الفسخ إنّما يطرأ على المنعقد (وَله)؛ أي: للمالك (أَن يُجِيزهُ)؛ أي: البيع كما كان له أن

(١) ينظر: العناية: (٤٦/٧)، ودرر الحكام: (١٩٢/٢).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (١٠١/٤) ودرر الحكام: (١٩٣/٢).

يفسخه، لكن (بِشَرْط بَقَاء الْعَاقِدين)؛ أي: البائع الفضولي[١] والمشتري[٢].

(والمعقود عَلَيْهِ)، وهو المبيع، (وَالْمَالِك الأول)؛ لأن الإجازة تصرف في العقد، فلا بد من قيام، وقيامه، وقيام العاقدين، والمعقود عليه، (وَكَذَا بَقَاء الثّمن) شرط (إِن كَانَ عرضاً)؛ أي: شيئاً غير الدراهم والدنانير، فإنّه لو كان الثمن دراهم، أو دنانير، فالإجازة تجوز مع عدمها؛ لأنّهما لا يتعينان، فيقوم المثل مقام الثمن عند الهلاك بخلاف العرض.

(وَإِذا جَازَ) المالك [بيع][٣] الفضولي عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع، (فالثمن الْعرض ملك للفضولي وَعَلِيهِ مثل البيع لَو) كان (مثلِياً، وإلّا فَقيمته)؛ لأنَّه شراء من وجه، والشراء لا يتوقف على الإجازة[٤].

[والأصل: أن الفضولي يكون العرض من المشتري، فيصير ملكه من غير توقف؛ لأَنَّ الشراء لا يتوقف إذا صادف نفاذ، أو قد صادف (وَغير الْعرض) من المشتري، فيصير ملكه من غير توقف؛ لأنّ الشراء لا يتوقف إذا صادف نفاذ، أو قد صادف][٥] وغير العرض (ملك للمجيز)؛ يعني: المالك (أَمَانَة فِي يَد الْفُضُولِيّ) بعد الإجازة؛ يعني: إن كان الفضولي باع بأحد النقدين، وقبضه؛ فهو أمانة في يده للمالك، كالوكيل بالبيع؛ لأنّ إجازة المالك لاحقاً تقوم مقام التوكيل سابقاً، (وللفضولي أَن يفْسخ) ما عنده (قبل إِجَازَة الْمَالِك) دفعاً للضرر عن نفسه، فإنّ حقوق العقد ترجع إليه بخلاف الفضولي في النكاح، حيث لا يكون الفسخ له قبل الإجازة؛ لأَنَّ الحقوق ثمة لا ترجع إليه؛ لأنّه سفير ومعير فقط[٦].

---

(١) ينظر: البحر الرائق: ٤١٣/٦، وخليج البحار: ص١٠٥٥.

(٢) ينظر: العناية: (٥١/٧).

(٣) سقط من: (أ).

(٤) ينظر: العناية: (٥٤/٧)، والنهر الفائق: (٢٢٧/٢).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) ينظر: المصدران السابقان.

(وَصَحَّ) عند الشيخين استحساناً (إِعْتَاق الْمُشْتَرِي) على صيغة الفاعل والمفعول (من الْغَاصِب إِذا أُجِيز البيع) من المالك (خلافاً لمُحَمد) وزفر، فإن عندهما: لا يجوز هو، وهو القياس، وعن أبي يوسف مثله؛ لقوله - ﷺ -: «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»[(١)]، والمبادر منه الملك الكامل، والموقوف لا يفيد الملك حالاً، والثابت بالاستثناء ثابت من وجه، ولهما: إن العتق من حقوق الملك، فإذا توقف توقف بحقوقه، وإذا نفذ نفذ بها، والملك إنَّما شرط للمعتق على ما يشعر به الحديث لا للإعتاق[(٢)].

وعند [٢٥٩/أ] إجازة المالك يثبت الملك مرتباً على الملك الكامل، (وَلَا يَصح) عندهم (بَيْعه) معطوف على قوله: (وصح إعتاق المشتري)؛ يعني: أن بيع المشتري من الغاصب لا يصح؛ لأنَّ فيه غرراً؛ إذ نفاذ هذا البيع متعلق بنفاذ الأول، ونفاذ الأول متعلق بإجازة المالك، وربّما لا يجيزه بخلاف الإعتاق؛ لأَنَّه لا يؤخر فيه الغرر، (وَلَو قطعت يَده عِنْد الْمُشْتَرِي فأجيز البيع) الغاصب؛ (فأرشه لَهُ)؛ أي: أرش[(٣)] اليد للمشتري هذا تفريع على ما قبله[(٤)].

وصورته: رَجل غصب عبداً، وباعه من آخر، فقطعت يد العبد عند المشتري، ثم أجاز المالك بيع الغاصب، فأرش اليد للمشتري؛ لأنّ بالإجازة يثبت المِلْك له من وقت الشراء، فظهر أنّ القطع كان على ملكه، [فكان الأرش له عوضاً عما فات من ملكه][(٥)]، (ويتصدَّق) المشتري من الغاصب (بِمَا زَاد على نصف ثمنه)، إن كان الأرش زائداً على نصف

---

(١) أخرجه الحاكم. ينظر: المستدرك: (٤٥٥/٢)، برقم ٣٥٧١، وبلفظ: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك» وعزاه الزيلعي إلى الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح ينظر: الدراية: (٢٧٨/٣).

(٢) ينظر: الهداية: (٦٨/٣)، والعناية: (٣١١/٣).

(٣) الأرش: هو اسمٌ للمال الواجب على ما دون النفس. ينظر: التعريفات: ص١٧.

(٤) ينظر: العناية: (٦٢/٧)، والبحر الرائق: (١٦٤/٦).

(٥) سقط من: (ب).

الثمن فالزيادة لا يطيب، فوجب تصدقه؛ لأنّ فيه شبهة عدم الملك؛ لأنّه غير موجود حقيقة وقت القطع، وإنّما ثُبِتَ بِطريقِ الاسْتِنَادِ، فَكانَ ثابِتاً مِنْ وَجْهٍ دونَ وَجه[١].

(وَمن اشْترى عبداً من غير سَيّده) غاصباً كان البائع، أو فضولياً، (ثمَّ أَقَامَ) المشتري (بَيِّنَة على إِقْرَار البَائِع) له (أَو) على إقرار (السَّيِّد)؛ أي: سيد العبد (بِعَدَم الْأَمر) ببيع العبد، (وَأَرَادَ رده)؛ أي: قصد المشتري بذلك رد العبد (لَا تقبل بَينته)؛ لبطلان دعواه بالتناقض؛ إذ إقدامه على الشراء لقرار منه بصحته ونفاذه؛ لأَنَّ الظاهر من حال العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ؛ والبينة مبنية على دعوى صحيحة، وإذا بطلت لا تقبل البينة، (وَلَو أقرّ البَائِع بذلك)؛ أي: بأنّه باعَهُ بغير أَمْرِه (عِنْد القَاضِي؛ فَلَهُ ردهُ)؛ لأنّ التناقُضَ لا يمنع صحة الإقرارِ لعدمِ التُّهْمةِ[٢].

(وَلَو اشْترى دَاراً من فُضُولِيّ وأدخلها فِي بنائِهِ)، ثم استحقت الدار؛ (فَلَا ضَمَان على الْفُضُولِيّ) عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف آخراً، (خلافاً لمُحَمد)، فإنّ عنده: يضمن الفضولي قيمة الدار لمالكها، وهذا قول أبي يوسف أولاً؛ لأَنَّ الفضولي صارَ غاصباً لها ببيعها، وأخذ ثمنها[٣].

[قال الزيلعي: «معنى المسألة: إذا باع داراً غيرها بغير إذنه، ثم اعترف البائع بالغصب[٤]، وأنكرَ المشتري لم يضمن البائع الدار»؛ لأنَّ إقرار البائع لا يصدق على المشتري، ولا بد من إقامَة البينة حتى يأخذها، فإذا لم يقم المستحق، وهو صاحب الدار البينة؛ كان التلف

---

(١) ينظر: العناية: (٧/٦٢)، والبحر الرائق: (٦/١٦٦).

(٢) ينظر: الهداية: (٣/٦٩)، والبحر الرائق: (٦/١٦٨).

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) الغصب: هو أخذ مال متقوّم محترم مملوك للغير بطريق التعدي. ينظر: الاختيار: (٢/٥٦١).

مضافاً إلى عجزهِ عن إقامة البينة، لا إلى عقد البائع؛ لأنّ الغاصب لا يجوز بيعه[١].

فعلى هذا التقدير يعلم أن قوله: (**وأدخلها في بنائه**) وقع اتفاقاً؛ إذ لا تأثير للإدخال في البناء في ذلك][٢].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/١١٠).
(٢) سقط من: (ب).

باب السَّلم(١)

هو في اللغة: التقديم، والتسليم، وفي الشرع ما ذكرها المُصنِّفُ: (هو بيع آجل بعاجل) بشرائط ستذكر(٢).

وهو نوع بيع؛ لأنّه أسلم لعقد يوجب المِلْك في الثمن عاجلاً، وفي المبيع آجلاً، فهو مبادلة مال بمال، اختص بهذا الاسم؛ لما فيه من تقديم الثمن، ويُسمى: بيع المفاليس، ثم هو عقد شرع على خلاف القياس؛ لِكونهِ بيع المعدوم، إلا أنا تركنا فيه بالكتاب والسُّنة وإجماع الأمة(٣).

(ويصح فيما أمكن ضبط صفته)؛ أي: جودته ورداءته، ونحو ذلك، (ومعرفة قَدْره)؛ أي: مقداره أعم من الكيل والوزن والذرع؛ لأنّ ما علم صفه، وعرف قَدْره لا يؤدي إلى المنازعة، وقد قال ـ ﷺ ـ: «من أسلم في شيء، فَلْيُسْلِم، في كيلٍ معلومٍ، ووزنٍ معلومٍ إلى أجَلٍ مَعْلومٍ»(٤) (لا)؛ أي: لا يصح السَّلم (في غيره)؛ أي: في ما أمكن ضبط صفتُه، ومعرفة قَدْره، كالحيوان، والجواهر، واللآلئ لإفضائه إلى المنازعة، [وصحة أكثر

---

(١) السلم: هو اسم لعقد يوجبُ المِلْكَ في الثمن عاجلاً وفي المثمن آجلاً. ينظر: الاختيار: (٨٠/٢).

(٢) ينظر: التعريفات: ص١٦٠، والزاهر: ص٢١٧، والمصباح المنير: (٢٨٦/١).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (١١٠/٤) والعناية: (٦٩/٧).

(٤) رواه مسلم: (٥٥/٥)، برقم ٤٢٠٣، باب: السلم، بلفظ: «من أسلف فلا يسلف إلا في كيل معلوم ووزن معلوم».

العقود الشرعية، وعدمها يعتمد على هذين المعنيين، وهذه قاعدة يُبتنى عليها معظم المسائل في هذا الباب[١].

فشرع المصنِّف في تفصيلها، فقال][٢]: (فيصبح) في (الْمكيل)، كالبر، والشعير، ونحوهما، (وَالْمَوْزُون)، كالعسل، والزيت، ونحوهما (سوى النَّقْدَيْنِ)، من الدراهم، والدنانير؛ لأنّهما وإنْ كانا من الموزونات يختص بيعهما باسم ووصف سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(وَ)يصح (فِي العددي المتقارب) مقدار إفراده بأن لا تتفاوت آحاده في المالية، (كالجوز وَالْبيض عدداً وَكيلاً)، فالعدد فيها معاً، والكيل يكون في الجوز؛ لأنَّ ذلك يمكن ضبط صفته، ومعرفة مقداره، قَيَّد بقوله: (المتقارب)؛ لأنّه لا يصح في العددي المتقارب، كالبطيخ، والرمان، وأشباههما[٣].

(وَكَذَا الْفُلُوس)؛ أي: يجوز السلم فيها عدداً؛ لأنّها تقطع متساوية الوزن، ثم قيل: هذا بالإجماع، وقيل: إنّه عند الشيخين (خلافاً لمُحَمد)، وهذا هو اختيار المصنِّف، لمحمد: إنها أثمان ما دام يروج، والسلم فيها غير جائز إجماعاً، ولهما أن الثمنية في الفلوس غير خلقية، وإنّما هي بالاصطلاح، فللعاقدين إبطاله باصطلاحهما[٤].

(وَ)يصح (فِي اللَّبن)، بفتح أوله، وكسر ثانيه، وبالكسر، والسكون، هو ما يعمل من الطين لأجل البناء[٥]، (والآجر) بالمد، وضم الجيم، وتشديد الراء، مثل اللبن أيضاً[٦] إلا أنه يشوي بالنار (إذا سمّي ملبن) اسم

(١) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٨، والعناية: (١١٧/٧).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٨، والهداية: (٧٠/٣).
(٤) ينظر: العناية: (١٥٥/٧)، والبناية: (٤١٤/٨).
(٥) ينظر: المصباح المنير: (٥٤٨/٢).
(٦) ينظر: مختصر القدوري: ص ٨٩، والنهر الفائق: (٤٩٨/٣).

الآلة[١] التي يصنعان بها (مَعْلُوم)؛ إذ لا تفاوت بين الآحاد إذا عينت الآلة، وإذا لم تعين لا يجوز؛ لأنّه يُفضي إلى المنازعةِ، وشرط في الخلاصة: ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن.

(وَ)يصح (وَفِي المذروع كَالثَّوْبِ)، والبُسط، والبوادي، ونحوها (إِنْ بَين طوله وَعرضه ورقعته)؛ أي: غلظه ورقته؛ لأنّ مقدار المالية في الثياب معلوم بذكر هذه الأشياء، والتفاوت بغيرها يسير، فلا يضره؛ لأنّه لا يُفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، وهذا في غير الحرير، وأما في الحرير؛ فلا بدَّ من ذكر الوزن أيضاً؛ لأنّ قيمة الثوب منه تختلف باختلاف وزنه[٢].

(وَ)يصح (فِي السَّمك الْمليح)؛ أي: القديد، والمملوح (وزناً ونوعاً معلومين)؛ فلا يجوز فيما تتفاوت آحاده، (وَكَذَا الطري) من السمك؛ أي: يصح السَّلَم فيه وزناً ونوعاً معلومين (فِي حِينه فَقَط)؛ أي: في حين ظهوره؛ لأنَّ السمك يظهر في بعض الأحيان، وينقطع في بعضها هذا على الأغلب؛ وأما لو كان في بلد يوجد فيه دائماً؛ صح السَّلَم فيه؛ أي: وقت كان؛ لأنّه مقدور التسليم[٣].

وصحة السَّلَم تعتمد القدرة عليه، (وَلَا يجوز) السَّلَم (فيهمَا) في المليح، والطري من السمك (عدداً) لتفاوت [أ/٢٦٠] الفاحش في إفراده بالكبر والصغير، وإنَّما يصح وزناً؛ لما قلنا[٤].

(وَلَا) يجوز السَّلَم (فِي الْحَيَوَان)، [أو قال الشافعي: يجوز السَّلَم فيه[٥]؛

---

(١) اسم الآلة هو ما يعالج به الفاعل المفعول بوصول الأثر إليه. ينظر: التعريفات: ص٤٠، والتوقيف: ص٦٤.

(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٨٨، وبدائع الصنائع: (٢٠٩/٥).

(٣) ينظر: فتح القدير: (٣٦٥/٥)، ودرر الحكام: (١٩٥/٢).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (١٩٥/٢)، والنهر الفائق: (٥٠٠/٣).

(٥) مذهب الشافعية: جواز السلم في الحيوان غير الحامل. ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج: (٢٢/٥).

لأنَّه يصير معلوماً بين الجنس، والسن، والنوع، والصفة، والتفاوت بعد ذلك يسير، فأشبه الثياب، ولنا: إنَّه بعدما ذكرَ من الأوصاف يبقى][١] التفاوت الفاحش في المالية باعتبارِ الأمورِ الباطنة، ككثرة الشحمِ وقلته، فيفضي إلى المنازعة بخلاف الثياب، مع أنه قد صح عن النبي - ﷺ - «نهى عن السلم في الحيوان»[٢].

(و)لا يجوز في الحيوان (أطرافه) كالرأس، والأكارع، واختلف في السلم فيها وزناً، (وَلَا فِي جلوده عدداً)، وعند مالك: يجوز عدداً؛ لأَنَّ التفاوت فيها يسير، فكانت متقاربة في أطراف الحيوان، أو جلودها، قوله: (عدداً) متعلق بالأطراف والجلود[٣].

(وَلَا) يجوز السَّلَم (فِي الْحَطب حُزَماً)، - بضم أوله، وفتح ثانيه - جمع حُزْمة، بالضم، والسكون[٤]، وهي بالفارسية (بند سيزم)، (والرطبة)، هي علف الدواب، [وقد تطلق على البقول أيضاً، كالأسباناخ ونحوه[٥]][٦] (جُرزاً)، جمع جرزة، بضم الجيم، وتقديم الراء المهملة على الزاء المعجمة على وفق ما تقدم إفراداً وجمعاً، وهي بالفارسية (دست تره)؛ لأنَّه مجهول لا يعرف طوله، وغلظه حتى لو عرف ذلك، بأن بين الحَبْل الذي يشد الحطب، والرطب، وبين طوله، وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز[٧]، (وَلَا) يجوز السَّلَم (فِي الْجَوْهَر والخرز)؛ لأنها متفاوتة الآحاد

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) روى الترمذي في سننه: (٣/٦٠٢)، برقم ١٣١١، باب: السلف في الطعام والتمر، أن أصحاب النبي ﷺ اختلفوا في السلم في الحيوان، فرأى بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم السلم في الحيوان جائز، وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق، وكره بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم - السلم في الحيوان وهو قول سفيان، وأهل الكوفة.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/١١٢)، والنهر الفائق: (٣/٤٩٩).

(٤) ينظر: لسان العرب: (٦/٢٥٥).

(٥) ينظر: الصحاح: (١/٣٤٦)، والمصباح المنير: (١/٢٢٩).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) ينظر: البناية: (٨/٣٣٦)، ودرر الحكام: (٢/١٩٥).

تفاوتاً فاحشاً، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع بالوزن، [فيجوز السَّلَم فيها؛ لأنَّها معلومةٌ بالوَزْنِ][١]، وغيرها، كالمَرْجانِ، والعَقيقِ، واليَاقُوتِ، وغيرها مما يتحلى بهِ، [والخرز: ـ بالتحريك ـ جمع خرزة التي تنظم[٢]][٣].

(وَلَا) يجوز السَّلَم (فِي اللَّحْم طرياً) عند أبي حنيفة، (وَقَالا: يَصح) السَّلَم فيه (إِذا) سُمي (وصف مَوضِع مَعْلُوم مِنْهُ)، كلحم الجنب، أو الفخذ (بِصفة مَعْلُومَة)، يجوز كشاة خصي سمين[٤].

(وَلَا يجوز السّلم [بكيل أَو ذِرَاع) معينين، وفي بعض النسخ: (معِين][٥] لَا يدْرِي قَدْره)[٦]، [فعلى الأول إفراد الضمير لرجوعهِ إلى المذكور، أو إلى كلٍّ واحد، وإنّما لا يجوز إذا كان كل منهما مجهول المقدار، لاحتمال ضياع ذلك الكيل، والزراع، فيؤدي إلى النزاع][٧]؛ لأنَّ التسليم ليس بواجب عقيب العقد سريعاً، فيتأخر فيه التسليم.

(وَلَا) يجوز السَّلَم أيضاً (فِي طَعَام قَرْيَة) مخصوصة، (أَو تمر نَخْلَة مُعينَة)؛ لاحتمال أن يعتريهما آفة، فلا يقدر على تسليمهما [قيد بطريق؛ لأنَّه لو أسلم في بُرٍّ ولاية يجوز؛ لأنَّ وجود الآفة لحنطة كل الولاية نادر، وبذا إذ نسب إلى قرية ليؤدي من طعامها، وأما إذا نسب إليها بيان وصف الطعام، فأسلم جائز[٨]][٩].

(وَلَا) يجوز السَّلَم (فِيمَا لَا يبْقى) موجوداً (من حِين العقد)؛ أي:

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: المعجم الوسيط: (٢٢٦/١)، والمصباح المنير: (١٦٦/١).

(٣) في (ب) (فيجوز فيها السلم).

(٤) ينظر: المحيط البرهاني: (١٨٢/٧)، والنهر الفائق: (٥٠٠/٣).

(٥) في (ب): (بكيل أو ذراع معينين).

(٦) ينظر: العناية: (٨٨/٧)، والنهر الفائق: (٥٠١/٣).

(٧) سقط من: (ب).

(٨) ينظر: كنز الدقائق: (٤٣٨)، والجوهرة النيرة: (٢١٨/١).

(٩) سقط من: (ب).

عقد السَّلَم (إِلَى حِين الْمحل)؛ أي: إلى زمان وجوب تسليم؛ لأنَّ القدرة على تسليم المسلّم فيه حال وجوبه شرط لجواز العقد، ولكنَّ كلَّ وقتٍ بعده يحتمل أن يكون الوجوب بأن يموت المسلم إليه، فيحل الأجل، فيشترط دوام وجوده ليدوم القدرة على التسليم [حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل، أو على العكس، أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز خلافاً للشافعي[١]، وإنْ كان موجوداً مِنْ وَقْتِ العَقْدِ إلى المحلِ فلم يأخذهُ بَعْدَ المحلِ حتى انقطعَ خبَر السَّلَم بين أنْ يفسخ ويأخذ رأس المال، وبين أنْ ينظر وجوده، فيأخذ ما أسلم.

وقال زفر: يبطل العقد، ويسترد رأس المال، وَحَدُّ الانقطاع: أن لا يوجد في الأسواق، وإن وجد في البيوت][٢]، (وشرطه)؛ أي: شرط جواز السَّلَم سبعة، خمسة منها باتفاق الثلاثة، واثنان منهما تفرد بهما أبو حنيفة، ثم إن المصنِّف شرع في تفصيلها، فقال: (بَيَان الْجِنْس):

- أولها: بيان جنس المسلم فيه (كَبُرٍّ أَو شعيرٍ).

(وَ)ثانيها: بيان (النَّوْع كسقية) [السقي فعيل، بمعنى: مفعول، والتاء للنقل، فلا يرد ما قيل: إن الأحسن ترك التاء، يقال][٣]: حنطة سقية، وبر سقية، لما سُقِيَ سيحاً، (أَو بخسية)، اسم الغير المسقية منسوب إلى بخس، وهي أرض يسقيها السماء، سُميت به؛ لأنَّها منقوصة ماء أو نماء[٤].

- (وَ)ثالثها: بيان (الصِّفة كجيد أَو رَدِيء)، أو وسط[٥].

- (وَ)رابعها: (الْقَدْر نَحْو: كَذَا رطلاً) فيما يوزن، (أَو كَيْلاً) [كيس][٦]

---

(١) مذهب الشافعية: أنه يجب التسليم في موضع العقد. ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي، ص ٩٧.

(٢) سقط من: (ب).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) ينظر: تحفة الفقهاء: (٩/٢)، والبحر الرائق: (١٧٤/٦).

(٥) ينظر: الصحاح: (٢٩٤/٨)، والمعجم الوسيط: (٤٣٧/١)، والمغرب: (٤٠٣/١).

(٦) في (ب): (كيلاً).

(بِمَا لَا ينقبض، وَلَا ينبسط) [لا حاجة منها إلى هذين القيدين؛ لأنَّ الكيس في عرفهم لا يطلق إلا على ما يكون كذلك[1]][2].

● (وَ)خامسها: (أجل مَعْلُوم) [عند الشافعي: لا يشترط الأجل[3]][4] (أَقَلّه شهر)؛ لأَنَّه أدنى الأجل، وأقصى العاجل (فِي الْأَصَح)، وعليه الفتوى [قَيَّد به لوقوع الاختلاف في تقديره؛ لإطلاق الحديث، وقيل: عدة أيام، وقيل: أكثر من نصف يوم؛ إذ في الأقل ضرر على المسلم إليه، وفي الأكثر ضرر على المسلم، والشهر فيه فسيحة للأول، وراحة للثاني، فكان التقدير به أصلح][5].

وهذه الشروط الخمسة هي المتفق عليها.

● (وَ)سادسها: بيان (قَدْر رَأس المَال)، وهو الثمن إن كان يتعلق العقد بمعرفة مقداره، بـ(أَنْ كَانَ كيلياً أَو وزنياً أَو عددياً)، فعند أبي حنيفة يلزم معرفته، وقالا: يكفي بالإشارة؛ لأنّه يصير معلوماً بها، كما في الثوب، وله: إنَّه ربَّما لا يقدر على تقدير المسلم فيه، فيحتاج إلى رد رأس المال، فيجب أن يكون معلوماً، بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً معيناً؛ لأَنَّ العقد لا يتعلق بمقداره، فلا يجب بيان قَدْره[6].

ثم فرَّع على هذه المسألة، فقال: (فَلَا يجوز فِي جِنْسَيْنِ بِلَا بَيَان رَأس مَال كلٍّ مِنْهُمَا)، كما إذا أسلم مئة درهم في كُرِّ برٍّ، وكُرِّ شعيرٍ، ولم يبين رأس مال كلِّ واحدٍ منهما لا يصح؛ لأنَّ إعلام قَدْر رأس المال شرط، (وَلَا بنقدين بِلَا بَيَان حِصَّة كلٍّ مِنْهُمَا من الْمُسلم فِيهِ)، كما إذا

(١) ينظر: المبسوط: (١٢/١٢٧).
(٢) في (ب): (كالزنبيل والجراب، فإنه لا يجوز المكايلة).
(٣) مذهب الشافعية: جواز السَّلَم حالاً ومؤجلاً. ينظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج: (٤/٢٤٥).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: تحفة الفقهاء: (٢/١٢)، والنهر الفائق: (٣/٥٠٢).

أسلم دراهم، ودنانير في كر بر، وقد علم وزن أحدهما، أو لم يعلم وزن الآخر لا يصح عنده، فإذا لم يعلم أحدهما بطل العقد في حصته، فيبطل في حصة الآخر لاتحاد الصفقة.

● وسابع الشروط: ما ذكره المصنِّف، بقوله: (وَمَكَان إيفائه)؛ أي: بيان الموضع الذي يسلم فيه المسلم فيه (إنْ كَانَ لَهُ حمل وَمؤنَة)، وهو ما لو أمر إنسان يحمل إلى مجلس القضاء، ولا يحمل مجاناً، وقيل: ما لا يمكن رفعه بيد واحدة، وهذا أيضاً لازم عند أبي حنيفة خلافاً لهما(١).

والمصنِّف ذكر هذين الشرطين على وفق الخمسة السابقة، مشيراً إلى أن المأخوذ للعمل، والمفتى به هو قول الإمام، ثم بين خلاف صاحبيه، فقال في بيان مذهبهما: في الأول، وهو السادس، (وَعِنْدَهُمَا: لَا يشْتَرط معرفَة قَدْر رَأس المَال إذا كَانَ معيناً) أشار إليه، وقال في بيان مذهبهما: في الثاني، وهو السابع، (وَلَا) يشترط أيضاً عندهما (مَكَان الْإِيفَاء)، فإن قيل: إذا لم يشترط مكان الإيفاء يقع النزاع لا محالة(٢)؟ [أ/٢٦١].

أجاب عنه بقوله: (ويوفيه فِي مَكَان عقده)؛ أي: يلزم المسلم إليه أن يُسَلِّم المعقود عليه وقت حلول الأجل في المكان الذي وقع فيه العقد؛ لأنَّ وقوع العقد فيه مخصص وموجوب؛ لكون الوفاء فيه.

وله: إن التأجيل في السَّلَم لازِمٌ باتفاقنا، وقد يكون رب السَّلَم وقت حلول الأجل في موضع آخر غير موضع العقد، فإذا لم يتعين مكان الإيفاء يقع النزاع لا محالة؛ لأنَّ قِيَم التأجيل في السَّلَم الأشياء يختلف باختلاف الأماكن، فلا بدَّ من البيان، (وَمثله) في هذا الخلاف (الثّمن)، كذا إذا باع ثوباً عن حنطة مؤجلة، (وَالْأُجْرَة)، كما لو استأجره داراً مؤجلاً، (وَالْقِسْمَة) كما لو اقتسما داراً وشرط أحدهما على صاحبه أن يعطيه مد حنطة لزيادة في نصيبه، فعنده شرط في كل منها بيان مكان الإيفاء(٣).

---

(١) ينظر: الحجة على أهل المدينة: (٦١٣/٢)، وتحفة الفقهاء: (١٣/٢).
(٢) ينظر: الحجة على أهل المدينة: (٦١٣/٣)، والنهر الفائق: (٥٠٣/٣).
(٣) ينظر: البحر الرائق: (١٧٦/٦)، والنهر الفائق: (٥٠٣/٣).

وعلة الكل لزوم النزاع فيها إذا لم يتعين مكان إيفائها، وعندهما: تسليم الثمن في محل العقد، وأجرة الدار فيها، وجعل القسمة يوضع فيها ضم إليه من نصيب المقسوم.

[ثم إن ما ذكر من الاختلاف إنّما هو فيما له حمل، ومؤنة من المذكورات، وأما ما ليس كذلك، كالزعفران، والمسك، والعنبر، وما أشبه ذلك من المسلم فيه، فقد بينه بقوله][1]: (**وَمَا لَا** حمل **لَهُ يُوفيه حَيْثُ شَاءَ**)، ولا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء إجماعاً (**فِي الْأَصَح اتِّفَاقاً**)، [احترز به عما قيل: يتعين مكان العقد، ولو شرطا للإيفاء في هذه الصورة قيل: لا يتعين؛ لأَنَّ هذه الشرط غير مقيد، وقيل: يتعين؛ لأَنَّه يفيد سقوط خطر الطريق عن رب السلم، وهذا هو الأصح[2]][3]، (**وَقبض رَأس المَال**) نقداً كان، أو عوضاً قبل التفرق؛ أي: (**قبل التَّفَرُّق**) المتعاقدين؛ لأَنَّ السَّلَم هو: أخذ آجلٍ بعاجل، وذلك بالقبض قبل الافتراق (**شَرط بَقَائِهِ**)؛ أي: بقاء السَّلَم على الصحة لا شرط انعقاده؛ لأَنَّه ينعقد صحيحاً إذا وجد شريطه، ثم يبطل إذا افترقا بلا قبض ندباً، ولذا أفرده بالذِّكْر.

• والشرط التاسع: الذي لم يذكره المصنِّف هو القدرة على المسلم فيه، (**فَلَو**) تفريع على قوله: (**وقبض رأس المال**) (**أسلم مِئَة نَقْداً وَمِئَة دَيناً على الْمُسلم إِلَيْهِ**) بأنْ جعل المئتين رأس مال السَّلَم (**فِي كرّ**). بر مثل. (**بَطل**) السَّلَم (**فِي حِصَّة الدَّين فَقَط**)، وسقط من الكر[4] ما يقابله المئة الدَّين؛ أعني: نصفه، وبقي السَّلَم صحيحاً في نصف كر يقابله المئة النقد

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: الأصل المعروف بالمبسوط: (٤/٥)، والبحر الرائق: (١٧٦/٦).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) الكَرّ: كيل معروف، والجمع أكرار، مثل قفل وأقفال: وهو ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف، قال الأزهري: فالكر على هذا الحساب اثنا عشر وسقاً. ينظر: المصباح المنير: ٥٣٠/٢ مادة (كرر)، تاج العروس من جواهر القاموس: (٣٠/١٤) مادة (كرر).

لوجود القبض فيها، وعدمه في المئة الدَّين؛ لفوات القبض فيها[(١)]، [الكر: ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاييل، والمكيال صاع ونصف صاع، كذا في المغرب[(٢)]، وقيل: أربعون قفيزاً][(٣)].

(وَلَا يجوز) لرب السَّلَم **(التَّصَرُّف فِي رَأس المَال، أَو الْمُسلم فِيهِ قبل قبضه بشركة)** متعلق بقوله: (التصرف)، **(أَو تَوْلِيَة)** صورته: أن يقول رَبُّ السَّلم لآخر: أعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك، أو يقول: أعطني مثل ما أعطيت المسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك، أما الأول؛ فلأنَّ فيه من تفويت القبض الواجب[(٤)] بالعقد؛ فلأنَّ المسلم فيه بيع، والتصرف فيه قبل قبضه لا يجوز، كما مر، وإنَّما خصهما بالذِّكر؛ لأنهما أكثر وقوعاً من المرابحة[(٥)] والوضعية[(٦)].

(وَلَا) يجوز أيضاً **(شِرَاء شَيْء من الْمُسلم إِلَيْهِ بِرَأْس المَال بعد التقايل قبل قَبضه)**[(٧)]؛ يعني: لو تقايل السَّلَم بعد ما عقداه، وقبض المسلم إليه رأس المال لا يجوز لرب السَّلَم أن يشتري به شيئاً من المسلم إليه قبل استرداده، وقبضه كما كله؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «**لا تأخذن سلمك، أو رأس مالك**»[(٨)]؛ [أي: لا تأخذن المسلم فيه حال قيام العقد، أو رأس

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء: (١٣/٢)، والنهر الفائق: (٥٠٦/٣).

(٢) ينظر: المغرب، ص: ٤٠٥.

(٣) سقط من: (ب).

(٤) الواجب: ما عوقب تاركه، ورد بجواز العفو، وقيل: ما توعد على تركه بالعقاب. ينظر: شرح مختصر الروضة: (٢٦٥/١).

(٥) هي البيع بزيادة على الثمن الأول. ينظر: التعريفات: ص٢١٠.

(٦) ينظر: البحر الرائق: (١١٦/٦)، والنهر الفائق: (٥٠٦/٣).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق: (١٢٢/٤)، ودرر الحكام: (١٩٧/٢).

(٨) رواه البيهقي في السنن الكبرى: (٢٧/٦)، برقم ١١٤٦٣، باب: من أقال المسلم إليه، وقال في نصب الراية، وعزاه شيخنا علاء الدين للدارقطني عن أنس ولم أجده، ورواه الترمذي في «علله الكبير» وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه وهو حديث حسن. ينظر: نصب الراية: (٦٧/٤).

المال حال انقضاه][1]، ولو وقع السَّلَم فاسداً؛ يفقد بعض شروطه، فالشراء برأس المال جائز؛ لأنَّه لا يكون له حكم السَّلم، فصار كسائر الديون.

(وَلَو اشْترى) المسلم إليه (كراً) من رَجل (وَأمر رب السّلم بِقَبْضِهِ قَضَاء) لحقه، فاقتضاه رب السَّلَم (لم يَصح)، القضاء؛ لأنَّه اجتمع فيه صفقتان السَّلَم، وهذا الشراء كلاهما بشرط الكيل، فلا بدَّ من الكيل مرتين؛ للحديث الذي ذكر في فصل قبيل باب الربا، (وَلَو أَمر مُقرضه بذلك صَحَّ)، القضاء؛ يعني: إذا استقرض كراً من إنسان، ثم اشترى كراً من آخر، وأمَر المُقْرِضَ بأنْ يقبضه عِوضاً عن قرضه يصحّ، لأنَّ القرض إعادة، فكان المرور عين المأخوذ مطلقاً حكماً، فلا يجتمع الصفقتان[2]، (وكذا)؛ أي: صحَّ أيضاً في الصورة الأولى (لَو) اشترى المسلم إليه كراً و(أَمر رَبُّ سَلَمِه بِقَبْضِهِ لَهُ، ثمَّ لنَفسِهِ، فاكتاله لأجل الْمُسلم إِلَيْهِ، ثمَّ لنَفسِهِ) صحَّ؛ يعني: اكتاله رب السَّلَم مرتين مرة للمسلم إليه، وكالة ومرة لنفسه استيفاء صحَّ لوجود الكيل مرتين.

(وَلَو اكتال الْمُسلم إِلَيْهِ فِي ظرف ربّ السّلم بِأَمْره وَهُوَ)؛ أي: رب السَّلَم (غَائِب لَا يكون قبضاً)؛ أي: لا يكون ذلك قبضاً لرب السَّلَم لحقه، وعليه أن يكيله ثانياً بحضرته حتى لو هلك المسلم فيه يهلك من مال المسلم إليه، ويبقى رأس المال دَيناً في ذمته[3]؛ [لأنَّ الأمرَ بالكيل لم يصح من رب السَّلم؛ لأنَّ حقه في الدين لا في العين، فأمره لم يصادف ملكه، فالمسلم إليه جعل مِلْكه في ظرف استعاره من رب السلم، وإنَّما قال: (وهو غائب)؛ لأنّه إذا كان حاضراً وقت الكيل يصير المسلم إليه وكيلاً عنه، ويصير كأنَّه اكتاله بنفسه سواء كان الظرف له، أو للمسلم إليه][4].

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: درر الحكام: (١٩٦/٢)، والنهر الفائق: (٥٠٨/٣).
(٣) ينظر: المصدر السابق.
(٤) سقط من: (ب).

(وَلَو اكتال البَائِع كَذَلِك كَانَ قبضاً)؛ يعني: لو اشترى من آخر كراً، ثم أمر البائع أن يكتاله في ظرف المشتري، ففعل جاز لصحة الأمر؛ لأنَّه ملكه بالشراء، (بِخِلَاف مَا لَو اكتاله فِي ظرف نَفسه أَو فِي نَاحيَة بَيته)؛ أي: لو أن البائع اكتاله بأمرِ المُشتري في ظرف هو للبائع، أو في بيت البائع لم يكن المشتري قابضاً له؛ إذ لم يقع في مِلْكه، بل في مِلْك البائع.

(وَلَو اكتال الْعين وَالدّين فِي ظرف الْمُشْتَرِي إِن بَدَأَ بِالْعينِ؛ كَانَ قبضاً، وإِنْ بَدَأَ بِالدّينِ، فَلَا)؛ أي: لا يصير قبضاً، صورته: رَجل أسلم في كر حنطة، فلما حل الأجل اشترى رب السَّلَم من المسلم إليه كراً آخر بعينه، ودفع رب السَّلَم ظرفاً إلى المسلم إليه، وأمره [أن يضع العين][١] والدَّين فيه، فإن بدأ المسلم إليه بكيل العين، ثم بالدين صار المشتري قابضاً لهما[٢]، أما العين، فلصحة الأمر فيه إذا أكر المشتري دخل في ملكه [أ/٢٦٢]، وأما الدين؛ فلأنَّه خلط بماله، وبمثل هذا يصير قابضاً، وإن بدأ بالدين، ثم بالعين لم يصير قابضاً، أما الدين فلعدم صحة الأمر، أما العين؛ فلأنَّه خلط مال المشتري بمال نفسه قبل التسليم، فصار مستهلكاً المبيع قبل التسليم إلى المشتري عند أبي حنيفة، [فينتقض البيع، فهذا الخلط غير مرضي به من جهته؛ لجواز أن يكون مراده البداية بالعين، فلم يتيقن برضائه حتى يكون شريكاً له][٣].

(وَعِنْدَهُمَا: صَحَّ) قبل (قبض الْعين) على أيّ حال كان، وبقي الدَّين على مِلْك المأمور، (فَإِن شَاءَ رَضِي بِالشّركَةِ، وَإِن شَاءَ فسخ البيع)؛ لأنَّ الخلط ليس باستهلاك عندهما[٤].

(وَلَو أسلم أمة فِي كرّ) من البر، أو غيره، (وقبضت)؛ أي: أقبضها

(١) سقط من: (أ).
(٢) ينظر: درر الحكام: (١٩٧/٢)، والبناية: (٣٥٩/٨).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: المصدران السابقان.

المسلم إليه، (ثمَّ تَقَايلا) السَّلَم، (فَمَاتَتْ) الأمة في يد المسلم إليه (قَبْل ردهَا؛ بَقِي التقايل، وَتجب) على المسلم إليه (قيمتهَا يَوْم قبضهَا)؛ لأَنَّه ملكها ثمة، فدخلت في ضمان بقيمتها.

(وَلَو مَاتَت؛ ثمَّ تَقَايلا؛ صَحَّ)؛ أي: التقايل؛ لأنَّ صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد، وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السَّلَم المعقود عليه إنَّما هو المسلم فيه، وهو لم يهلك، فصَحَّت الإقالة حال بقائه هو إذا جازت الإقالة بعد موت الأمة بناءً على ما قلنا، فلأن تصح حال حياتها بطريق الأولى[١]، ثم إذا انفسخ العقد بالإقالة في المسلم فيه انفسخ في الأَمَةِ تبعاً، فيجب على المسلم إليه ردها، لكنه عجز عند موتها، فيرد قيمتها.

(وَكَذَا)؛ أي: كالسَّلَم (المقايضة)، وهي بيع العين بالعين، كما مر (فِي الْوَجْهَيْنِ)؛ أي: في وجهي التقايض؛ يعني: لو كان أحد البدلين في بيع المقايضة أَنَّه، فتقايل أو ماتت الأَمَةُ بعدَ ذلِكَ قَبْلَ الردِّ، أو تقايل بعد موت الأمة؛ صحت الإقالة، وعلى الذي سدد الأمة قيمتها للآخر الذي كان مالكها، أما لزوم القيمة فظاهر، وأما صحة الإقالة؛ فلأَنَّ كلَّ البدلين يصدق عليه أنَّه بيع في المقايضة، فإذا هلك أحدهما يبقى الآخر[٢].

ويرد عليه النقد كما في مسألة السَّلَم (بِخِلَاف الشِّرَاء بِالثّمن فيهمَا)، صورته: رَجل باع جارية بألف، ثم تقايل، فماتت الجارية في يد المشتري قبل ردها، أو تقايل بعد موتها بطلت الإقالة؛ لأنَّ المعقود عليهِ في البيعِ إنَّما هو الجارية، ولا يبقى العقد بعد هلاكها، فلا تصح الإقالة ابتداءً، ولا يبقى انتهاء لِعدم المحلية، بل يتم البيع ههنا بموتها، ويلزم المشتري الألف.

والضمير في قوله: فيها يعود إلى الإقالة قبل موت الجارية، وبعد المفهوم من المحل، (وَلَو ادّعى أحدُ عاقدي السّلم بَيَان الْأَجَل أَو اشْتِرَاط

(١) ينظر: العناية: (١٠٧/٧)، والنهر الفائق: (٥٠٨/٣).

(٢) ينظر: المصدر السابق.

الرداءة) في المسلم فيه، (وَأنكر الآخر) منهما، (فَالْقَوْل) قول (لمدعيهما)؛ يعني: أن القول لمدعي شرط الأجل، والرداءة (مطلقاً)؛ أي: أيهما كان[١].

أما دعوى الرداءة؛ فصورتها: رَجل أسلم في كر حنطة رديئة، وأنكر رب السَّلَم اشتراط شيء ليكون العقد فاسد، فالقول قول المسلم إليه؛ لأنَّ رب السَّلَم متعنت في إنكار الصحة؛ لأنَّ المسلم فيه يكون أزيد من رأس المال عادة، فهو ينكر فائدة تعود إليه، فلا يقبل قوله، والمسلم إليه يدعي صحّة العقد بذكر الوصف، فيكون القول له.

[ولو ادعى رب السَّلَم شرط الرداءة، وقال المسلم إليه: لم نشترط شيئاً، فالقول لرب السَّلَم؛ لأنَّه يدعي الصحة، وبالجملة القول في الصورتين لمدعي الصحة عنده][٢]، وأما في دعوى الأجل فأيهما ادعاه، فالقول له عنده؛ لأنَّه يدعي الصحة، (وَقَالا): القول (لِلْمُنكر)؛ أي: لمنكر شرط الأجل، أو الرداءة (إِن كَانَ ربّ السَّلَم فِي) الصورة (الأولى)؛ أي: القول لرب السَّلَم (أَو الْمُسلم إِلَيْهِ) التأجيل؛ لأنَّه ينكر حقاً عليه، وهو الأجل[٣]، والقول قول المنكر مع يمينه، أو كأنَّه المسلم إليه (فِي) الصورة (الثَّانِيَة)؛ أي: القول للمسلم إليه مع يمينه إذا ادعى الرداءة؛ لأنَّه ينكر حقاً عليه، وهو الجودة، (والاستصناع) إن كان (بِأَجل)، كأن يقول إلى شهر ما فهو (سلم)، وهو أن يقول المصانع، كالخفاف، مثل: اصنع لي من مالك خفاً من هذا الجنس بهذه الصفة بكذا، فإن أجل فيه أجلاً معلوماً كان سلماً، فتعتبر شرائط، (فَيصح فِيمَا أمكن ضبط صفته وَقَدْره) استحساناً؛ لأنَّه من فروع السَّلَم للتعامل به بين الناس من غير نكير [من لدن رسول الله - ﷺ - إلى يومنا هذا][٤]، فكان إجماعاً، وهو أقوى

---

(١) ينظر: العناية: (١٠٧/٧)، والبحر الرائق: (١٨٣/٦).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: العناية: (١٠٨/٧)، وتبيين الحقائق: (١٢٢/٤).

(٤) سقط من: (ب).

الحجج، وبمثله يترك القياس؛ لأنَّ القياس عدم الجواز؛ لكونه بيع المعدوم (تُعُوْرِفَ أَو لا)؛ أي: سواء جرى التعامل فيه أو لا.

وان كان الاستصناع، (وَبِلا أجل) معلوم يكون استصناعاً محضاً، وهو إنَّما (يَصح اسْتِحْسَاناً فِيمَا تعورف) الاستصناع، (فِيهِ كخف وطشت): - بالشين المعجمة - ضرب من الآنية يغسل فيه الثياب، وغيرها، وبالمهملة: ما يعرف عنه العوام بالطست[1]، كالمستعمل في الحَمَّامات وغيرها[2]. ويكون من الصخر، ومن النحاس، (وقمقمة)، وهي في الأكثر من الزجاج، فهذه المذكورات، ونحوها مما اعتاد الناس استصناعته يجوز بغير أجل، (وَهُوَ بيع لَا عدَّة)، هو الصحيح [خلافاً للصدر الشهيد، فإن الاستصناع عنده مواعدة، وفرَّع على كونه بيعاً، لا عدةً، بقوله][3]: (فَيجْبر الصَّانِع على عمله)[4]، ولو كان عدة لا يُجبر، (وَلَا يرجع المستصنع)؛ أي: المشتري (عَنهُ)؛ لأنَّه انعقد العقد بينهما لازماً، ولو كان عدة؛ لجاز رجوعه عنه، (وَالْمَبِيع) في الاستصناع (هُوَ الْعين) على ما هو الصحيح (لَا عمله)، [وعطف كل الجملتين على حيز الفاء؛ لأنَّهما أيضاً من فروع كونه بيعاً][5]، ثم فرَّع على كون المبيع عيناً بقوله: (فَلَو أَتى) الصانع (بِمَا صنعه غَيره، أَو بِمَا صنعه هُوَ قبل العقد، فَأَخذه)؛ أي: أخذ المستصنع إياه؛ (صَحَّ) ذلك الأخذ، وإنَّما يبطل بموت أحدهما؛ لأنَّ له شبهاً بالإجارةِ ابتداء حيث طلب العمل، (وَلَا يتَعَيَّن) المصنوع (للمستصنع بِلَا اخْتِيَاره)، فإنَّه يشتري ما لم يره؛ (فَيصح)؛ أي: إذا لم يتعين له بلا اختياره، يصحُّ (بيع الصَّانِع لَهُ قبل رُؤْيَته)؛ أي: المستصنع؛ لأنَّ العقد لم يتعين فيه قبل اختياره[6].

---

(١) ينظر: المعجم الوسيط: (٥٥٧/٢)، والمصباح المنير: (٢٤٥/١).
(٢) ينظر: درر الحكام: (١٩٧/٢)، والنهر الفائق: (٥١٠/٣).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: الهداية: (٧٧/٣)، ودرر الحكام: (١٩٧/٢).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: الهداية: (٧٧/٣)، والبحر الرائق: (١٨٦/٦).

(وَله)؛ أي: للمستصنع (أَخذه وَتَركه)؛ لما عرفت أنَّ المبيع هو العين، فله خيار الرؤية؛ لأنَّه اشترى ما لم يَره، (وَلَا يَصح فِيمَا لم يتعارف) عملاً بالقياس، [عطف على قوله: يصح فيما تصورف][(١)]، (كالثوب)، فإنَّه لا يطلب من الحائك أَنْ ينسج له ثوباً بالغزل من عنده، ولا يطلب من الخياط أن يخيط له قميصاً من كرباس من عنده.

واعلم أن من دأب المشايخ أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذ من الأبواب، ويسمونه: مسائل [أ/٢٦٣] شتى، فاقتدى المصنِّف بهم، وقال:

❀ ❀ ❀

مسائل شتى

هو جمع شتيت كجريح، وجرحى، من شت: إذا تَفَرَّق[(٢)].

(يَصح بيع الْكَلْب) خلافاً للشافعي[(٣)]؛ لأَنَّه نجس العين عندهُ لا عندنا[(٤)]؛ لأنَّه مال متقوم ينتفع به للاصطياد، وأما غير المُعلَّم؛ فلأنَّه يمكنه أن ينتفع به بغير الاصطياد، فإن كلَّ كلبٍ يحفظ بيت صاحبه، ويصح بيع الجرو، وعن أبي يوسف: لا يصح[(٥)]، (والفهد وَسَائِر السبَاع) من البهائم، والطيور (عُلِّمَت) الكلب، والسباع (أَو لَا)، وكذا يصح بيع الفيل؛ لأنَّهُ يُنْتَفع بِهِ حَمْلاً، وَرُكوباً[(٦)].

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: الصحاح: (١٤٤/٢).

(٣) عند الشافعية: لا يجوز بيع الكلب سواء كان معلماً أم غيره، وسواء كان جرواً أم كبيراً، ولا قيمة على من أتلفه. ينظر: المجموع: (٢٢٨/٩).

(٤) اختلف الحنفية في نجاسة الكلب كما هو مذكور في النوادر والأمالي، وهو نجس العين عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة: ليس بنجس العين. ينظر: (١٠٧/١).

(٥) ينظر: الهداية: (٧٨/٣)، والنهر الفائق: (٥١١/٣).

(٦) ينظر: عيون المسائل: ص١٣٩، والنهر الفائق: (٥١٢/٣).

ولا يصح بيع الخنزير بالإجماع؛ لأنَّه نجِس العين، فلا يجوز الانتفاع به، ويجوز بيع القرد؛ لأنَّه يمكن الانتفاع به، وبيع الهرة جائز؛ لأنَّه ينتفع بها، (وَالذِّمِّيّ[(١)] فِي البيع كَالْمُسلم)، [فما جاز للمسلم من البياعات جاز للذمي، وما لا يجوز للمسلم لا يجوز للذمي][(٢)] (إِلَّا فِي) بيع (الْخمر، فَإِنَّهَا فِي حَقه كالخل، وَالْخِنْزِير فِي حَقه كالشاة)، [والتي خنقت، أو جرحت في غير موضع الذبح[(٣)]][(٤)]، وذبائح المجوسي، كالخنزير، فالمستثنى غير مختص بها.

(وَمن زوج مشريته قبل قبضهَا جَازَ) التزويج؛ لوجود سببه، وهو مِلْك الرقبة على سبيل الكمال للمشتري، فجاز تزويجه بحكم الولاء، (فَإِنْ وطِئت)؛ أي: وطئهما الزوج (كَانَ) المشتري (قَابِضاً لَهَا)؛ لأنَّ وطء الزوج حصل بتسليط من جهة المشتري، فصار فعله كفعله (وإِلَّا)؛ أي: وإن لم يطأها الزوج؛ (فَلَا)؛ أي: لا يكون مجرد تزويجها قبضاً لها.

وكان القياس: أن يصير المشتري قابضاً لها بنفس التزويج؛ لأنَّ تزويج الأَمَةِ تعييب حكمي حتى لو اشترى [أمة][(٥)]، فوجدها ذات زوج له ردها، وبه الاستحسان: أنَّه لم يتصل من المشتري فعل يوجب نقصاً في الذات[(٦)].

(وَمن اشْترى شَيْئاً فَغَاب)؛ أي: المشتري قبل القبض، ونقد الثمن (غيبَة مَعْرُوفَة)، بأن كان معتاد الذهاب، والإياب إلى مكان معروف، أو علم كونه في المكان الذي ذهب إليه، (لَا يُبَاع) ذلك الشيء الذي اشتراه

---

(١) الذمي: هو المعاهد الذي أُعطي عهداً يأمَن به على ماله، وعرضه، ودينه. ينظر: القاموس الفقهي: (ص: ١٣٨).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: عيون المسائل: ص١٣٩، والنهر الفائق: (٥١٢/٣).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) ينظر: الهداية: (٧٩/٣)، والبحر الرائق: (٤٣/٦).

(فِي دين بَائِعه)؛ [لأنَّه يمكن توصل البائع إلى حقه بدون بيع المبيع، فلا حاجة إلى بيعه][(١)]؛ لأنَّ فيه إبطال حقِّ المشتري في العين، (وَإِن لم تكن) غيبته (مَعْرُوفَة)، بأن لم يدرِ أين هو؟ (يُبَاع)؛ أي: يبيع القاضي ذلك الشيء (فِيهِ)؛ أي: في دَينه للبائع إحياءً لِحقه، والمراد منه ثمن ذلك الشيء، لا دَين غيره إن كان، وهذا (إِذا بَرْهَنَ) البائِعُ عِنْدَ القاضي (أَنَّه بَاعه مِنْهُ إِذا لم يكن قَبضه)؛ يعني: لو لم يثبت أن البائع قبض الثمن، فإن قبل البينة لا تقبل من غير خصم حاضر[(٢)].

قلنا: هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء، والخصم؛ أي: مثل هذا ليس بشرط، [قال شيخ الإسلام خواهر زاده: إنَّما وضع المسألة في العبد، لا في الدار؛ لأنَّ في الدار لا يتعرض القاضي لذلك، ولا يبيعه، فإن القياس: أن لا يجوز في العبد أيضاً، إلا أنَّه جوز فيه استحساناً ليسقط النفقة عن البائع»[(٣)]، ولا يحتاج إلى النفقة في الدار، فلو قال: عبداً، أو دابة مكان قوله: (شيئاً) لكان أولى، ثم إن فضل شيئاً من الثمن بعد إيفاء حقِّ البائع يمسك للمشتري؛ لأنَّه بدل حقه، وإن نقص شيء عن حقِّ البائع يرجع على المشتري إذا ظفر][(٤)]، (وَإِن غَابَ أحد المشتريين) قبل التقابض؛ (فللحاضر) منهم (دفع كلِّ الثّمن) لبائعه، (وَقبض الْمَبِيع) منه، (و) له وجب؛ أي: (حبسه) المبيع (إِذا حضر الْغَائِب حَتَّى ينقد حصته)؛ لأنَّه مضطر؛ إذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن؛ لأنَّ البيع صفقةٌ واحدة[(٥)].

وله حقَّ الحبس ما بقي منه شيء، [والمضطر يرجع، وإذا كان له أن يرجع عليه كان له الحبس عندهما إلى أنْ يستوفي حقَّه، ولو حبس لا يصير غاصباً، وعند أبي يوسف كان متطوعاً فيما أدى عن صاحبه؛ لأنَّه

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: العناية: (٧/ ١٢٦)، والبحر الرائق: (٦/١٨٩).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/١٢٨)، والبحر الرائق: (٦/١٩٠).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: الهداية: (٣/٧٩)، والعناية: (٩/٤٧٦).

قضى دَين غيره بغير أمره، فلا يرجع عليه، وليس له الحبس، ويصير غاصباً به، فيهلك بالقيمة][1]، (وَإِن اشْترى بِأَلف مِثْقَال ذهب وَفِضة)، ولم يبين (فهما نِصْفَانِ)؛ أي: خمسمئة مثقال من الذهب، وخمسمئة مثقال من الفضة؛ لأنَّه أضاف المثقال إليهما، فلا رجحان لأحدهما على الآخر فاستويا، (وَإِن قَالَ: بِأَلف من الذَّهَب وَالْفِضَّة فَمن الذَّهَب)؛ أي: فيجب من الذهب (خَمْسمِئَة مِثْقَال، وَمن الْفضة خَمْسمِئَة دِرْهَم)، وذلك لأنَّه أضاف الألف إليهما، فينصرف العدد إلى الوزن المعهود في كلٍّ منهما[2].

والمعهود وهو أنَّ الذهب يتعامل فيه بالمثقال، والفضة يتعامل فيها بالدرهم، فيجب توزيع العدد على ما هو المعهود، وقوله: (وزن سَبْعَة) وقع موقع الحال، والصفة للدرهم، ومعناه: أن الدراهم المذكورة تُعتبر بأن تكون عشرة دراهم منها سبعة مثاقيل، وهو الوزن الشرعي الذي قرره عمر بن الخطاب أيامَ خِلافَتِهِ، فتكون الخمسة دراهم وزن ثلاثمئة وخمسين مثقالاً[3].

(وَمن قبض زيفاً) من الدراهم[4] (بدل جيد) منها؛ أي: كان له دين على رَجل دراهم جياد، فقضاه بدلها زيوفاً حال كونه (غير عَالِم بِهِ)؛ أي: ولم يكن القابض يعلم بزيافتها قَيَّد به؛ لأنَّه لو علم، ثم أنفق؛ كان رضاً به، فلا يرد مثله بعده بالاتفاق، (فأنفقه)؛ أي: أنفق ذلك الزيف، (أَو هلك؛ فَهُوَ قَضَاء)، وليس له أن يرجع بشيء عند أبي حنيفة؛ لأنَّ المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال؛ جاز، فيقع به الاستيفاء صحيحاً[5].

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: العناية: (٤٧٦/٩)، والنهر الفائق: (٥١٦/٣).
(٣) ينظر: البناية: (٣٨٩/٨)، والنهر الفائق: (٥١٧/٣).
(٤) الزيوف من الدراهم: هي الدراهم المموهة المزيوفة، وهو الرديء. ينظر: طلبة الطلبة: ص١٠٩، المغرب في ترتيب المعرب: ص١٩٠.
(٥) ينظر: البناية: (٣٩٠/٨)، والنهر الفائق: (٥١٨/٣).

ولا يبقى حقّه إلا في الجودة، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا، (وَقَالَ أَبُو يُوسُف: يرد) قابض الزيف، (مثل الزيف) الذي استهلكه إلى المديون، ويقضي الجيد، وفي بعض النسخ: (وَيَقْتَضِي الْجيد)، وفي بعضها: ويقبضه الجيد، والمعنى واحد، (وَإِن) اختلف التقدير؛ وذلك لأنَّ حقَّ رب الدَّين يراعى من حيث الوصف، كما يراعى من حيث القَدْر إلا أنَّه لما تعذر عليه الرجوع بالجودة يرد مثل المقبوض، ويرجع بالجياد[1]، ولمحمد فيه قولان: قوله الأول مع أبي حنيفة، وقوله الآخر مع أبي يوسف، وفي الحقائق: أن ما قاله أبو يوسف أحسن، وأدفع للضرر، فاختير للفتوى[2]، فإن (فرخ طير)، وَحْشِي غير مملوك؛ أي: أنه أخرج فرخاً، (أَو باض فِي أَرض) مملوكة، (أَو تَكَنَّسَ ظَبْي)؛ أي: جعل له موضعاً يتكنَّس فيه؛ أي: يألفه وينام فيه؛ (فَهُوَ)؛ أي: كل واحد منها (لمن أَخذه) لا لرب الأرض؛ لأنَّ الطير وبيضه، وفراخه، والظبي أيضاً صيد [أ/٢٦٤] مباح إذا لم يكن داخل الحرم، وصاحب الأرض لم يعد بالأجل الصيد، فلا يستحقه[3].

ولهذا قال المصنِّف: (وَكَذَا صيد تعلق بشبكة مَنْصُوبَة للجفاف أَو دخل دَاراً)، فإنَّه لم يصر بمجرد ذلك مملوكاً لصاحب الشبكة، ورب الدار، بل كل من أخذه؛ لتقدم يده على مباح، (وَدِرْهَم) مبتدأ، (أَو سُكَّرٌ) عطف عليه (نُثِرَ) بصيغة المجهول صفة للدرهم، والسُّكَّر على سبيل البدل.

وقوله: (فَوَقع على ثوب) من تتمة الصفة، والخبر جملة الشرطية؛ أعني: قوله: (فإنْ أعدَّه صَاحبه لذَلِك)؛ يعني: فرشه، وهيأه ليكون ما وقع عليه من النشار له، (أَو كَفَّه)؛ أي: ضم الثوب، أو نحوه (بعد السُّقُوط)؛ أي: بعد ما سقط عليه شيء من الدراهم، والسُّكَّر لَفَّه ليبقى النشار داخل[4].

---

(١) ينظر: الهداية: (٧٩/٣)، والبناية: (٣٩٠/٨).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (١٢٩/٤).
(٣) ينظر: البناية: (٣٩١/٨)، وتبيين الحقائق: (١٢٩/٤).
(٤) ينظر: فتح القدير: (١٣٢/٧)، والعناية: (١٣٢/٧).

وفي بعض النسخ: كفه [بالكاف، والأول أظهر، لكن في نُسخ الهداية هو الثاني(١)](٢)، (أَو أغلق بَاب الدَّار بعد الدُّخُول)؛ أي: بعد أن دخل الصيد داره أغلق بابه (ملكه) بذلك، (وَلَيْسَ للْغَيْر)؛ أي: ليس لغير صاحب الثوب المذكور، أو ليس لغير رب الدار المذكورة (أَخذهُ)؛ أي: أخذ الدرهم، أو السكر الذي وقع على الثوب، أو الصيد الذي دخل الدار، (كَمَا لَو عَسَّلَ النَّحْل فِي أرضه، أَو نبت فِيهَا شجر، أَو اجْتمع تُرَاب بجريان المَاء) بأن وقع السيل في مكان أعلى منها، وساق التراب إليها، ففي كل ذلك يصير ملكاً لصاحب الأرض؛ لاتصاله بملكه، والعسل من إنزال الأرض، فيملكه تبعاً لها(٣).

ثم إنَّ المصنِّف استطرد إلى ذكر العقود التي تفسد بالشروط الفاسدة، والتي لا تفسد، والأصل عندنا؛ أي: الشروط التي تلحق العقود ثلاثة أقسام:

١. قسم يقتضيه العقد، ولا منفعة فيه لأحد من العاقدين، أو المبيع.

٢. وقسم لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد العاقدين، أو المبيع.

٣. وقسم لا يقتضيه العقد، ولا منفعة فيه(٤).

- فالأول: غير مفسد إجماعاً.
- والثاني: مفسد إجماعاً.
- والثالث: كالأول في ظاهر الرواية، وكالثاني في رواية البعض،

إذا تقرر هذا(٥)، فنقول: (وَمَا لَا يَصح تَعْلِيقه بِالشُّرُوطِ ويبطله الشَّرْط الْفَاسِد)، وهو القسم الثاني مطلقاً، والثالث على غير ظاهر الرواية.

---

(١) ينظر: الهداية: (٧٩/٣).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: الهداية: (٨٠/٣)، والعناية: (١٣٢/٧).
(٤) ينظر: الهداية: (٤٩/٣).
(٥) ينظر: النهر الفائق: (٣ /٤٣٣).

وهو أربعة عشر شيئاً على ما ذكر المصنِّف تبعاً لصاحب الكنز، ولم يذكره أحد من الكتب التي نقل عنها المصنِّف غير صاحب الكنز[(١)]:

١. الأول: (البيع) الصحيح بأقسامه، فإذا باع أمته، واشترط استخدامها شهراً، أو باع داراً على أن يسكنها شهراً؛ فالبيع فاسد[(٢)].

٢. (وَ) الثاني: (الْإِجَارَة) لمن استأجر أرضاً للزراعة على أن يردها مكروبة، فإن فيها معنى تمليك المنفعة[(٣)].

٣. (وَ)الثالث: (الْقِسْمَة)[(٤)] بأن كان للميت دَين على الناس، وأقسموا التركة من الدَّين، والعين، وشرطوا أن يكون الدَّين لأحدهم، والعين للباقين، فهذا فاسد؛ لأنَّ القسمة فيها معنى المبادلة، فصار كالبيع، فيفسد بالشرط الفاسد[(٥)].

٤. (وَ) الرابع: (الْإِجَازَة) بالزاء المعجمة، بأن باع فضولي عبده، فقال: أجزته بشرط أن يقترضني، أو يهدي إلي، أو علق إجازته بشرط؛ لأنَّ الإجازة بيع.

٥. (وَ) الخامس: (الرَّجْعَة)[(٦)] بأن قال للمطلقة الرجعية: راجعتك على أن تقرضيني كذا، أو إن قَدِم زيداً، وإن رضيت ضرتك؛ لأنَّها استدانة المِلْك، فيكون معتبراً بابتدائه، فكلما لا يجوز تعليق ابتداء، فكذا لا يجوز تعليقها أيضاً[(٧)].

---

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) المنفعة عند الفقهاء: هي الفائدة الحاصله بسبب استعمال العين، والمقصودة في عقود التمليك. ينظر: بدائع الصنائع: (١٧٥/٤)، ودرر الحكام: (١/ ١٠٠).

(٤) لغة: من الاقتسام، وفي الاصطلاح الشرعي: تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء. ينظر: التعريفات: ص١٧٥.

(٥) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، وتبيين الحقائق: (١٣٤/٤).

(٦) في الطلاق: هي استدامة القائم في العدة، وهو ملك النكاح. ينظر: التعريفات: ص١٠٩.

(٧) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، وتبيين الحقائق: (١٣٤/٤).

٦. (وَ) السادس: (الصُّلْح عَن مَال) بمال، بأن قال: صالحتك على أن تسكنني في الدار سَنَة مثل، وإن قَدِم زيد؛ لأَنَّها معاوضة مال بمال، فيكون بيعاً[١].

٧. (وَ) السابع: (الْإِبْرَاء عَن الدّين)، بأن قال: أبْرأتُكَ عن ديني على أنْ تخدمني شهراً، أو إنْ قَدِم فلان؛ لأنَّه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد، وإن كان فيه معنى الإسقاط[٢]، فيكون معتبراً بالتمليكات، فلا يجوز تعليقه بالشرط.

٨. (وَ) الثامن: (عزل الْوَكِيل)، بأن قال الوكيل: عزلتك على أن تهدي لي شيئاً، أو إنْ قدم فُلان؛ لأنَّه ليس مما يحلف به، فلا يجوز تعليقه بالشرط[٣].

٩. (وَ) التاسع: (الِاعْتِكَاف)، بأن قال: لأن قدم فلان فله علي أن أعتكف رَجَباً؛ لأنَّه ليس مما يحلف، كعزل الوكيل، فلا يصح تعليقه بالشرط.

١٠. (و) العاشر: (المزارعة)[٤] بأن شرط فيها على العامل الحصاد، والدياس، والتذرية؛ لأَنَّها إجارة، فلا يصح تعليقها بالشرط، كالإجارة[٥].

١١. (و) الحادي عشر: (المعاملة)، وهي المساقاة بأن دفع إلى رَجل نخلة وكرماً معاملة سنين معلومة على أن يقوم عليه، وليسقيه فما أخرج الله تعالى من التمر والعنب، فهو بينهما نصفان؛ لأَنَّها إجارة أيضاً[٦].

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) الإسقاط عند الفقهاء: هو إزالة الملك، أو الحق، لا إلى مالك ولا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به. ينظر: الاختيار: (١٢١/٣).

(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، وتبيين الحقائق: (١٣٤/٤).

(٤) هي معاقدة دفع الأرض إلى من يزرعها على أن الغلة بينهما على ما شرطا. ينظر: طلبة الطلبة: ص١٤٩.

(٥) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، وتبيين الحقائق: (١٣٤/٤).

(٦) ينظر: المصدر السابق.

١٢. (وَ) الثاني عشر: (الْإِقْرَار) بأن قال لفلان: علي كذا إن أقرضني كذا، أو إن قَدِم فلان ليس مما يحلف به؛ فلا يصح تعليقه بالشرط.

١٣. (وَ) الثالث عشر: (الْوَقْف) بأن قال: أوقفت داري إن قَدِم فلان، أو وقفت داري عليك إن أخبرتني بقدوم فلان؛ لأنَّه ليس مما يحلف به، فلا يصح تعليقه بالشرط، فهذه العقود لا يصح تعليقها بالشروط الفاسدة كما قررنا[(١)].

١٤. (و) كذا (التحكيم) وهو الرابع عشر: (عِنْد أبي يُوسُف)، وبه يُفتى، كَرَجلين قالا لآخر: إذا قَدِم فلان؛ فاحكم بيننا في هذه الحادثة، فإنَّه لا يصلح، (خلافاً لمُحَمد)، فإن عنده يصح[(٢)].

(وَمَا لَا يُبطلهُ الشَّرْط الْفَاسِد)، وههنا المراد من الشرط الفاسد أيضاً ما ذكرناه؛ أعني: الثاني مطلقاً، والثالث على ظاهر الرواية، وهو سبعة وعشرون شيئاً:

١. الأول: (الْقَرْض) بأن قال: أقرضت لك هذه المئة بشرط أن تخدمني شهراً مثل، فإنَّه لا يبطل بهذا الشرط، وذلك لأنَّ الشروط الفاسدة من باب الربا، وأنَّه يختص بالمبادلة المالية، وهذه العقود كلها لست بمعاوضة مالية، فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة[(٣)].

٢. (وَ) الثاني: (الْهِبَة)، كامرأة وهبت مهرها من زوجها على أن لا يطلقها، وقَبِل الزوج؛ صحَّت الهبة طلقها أو لم يطلقها.

٣. (وَ) الثالث: (الصَّدَقَة)، بأن قال: تصدقت عليك بهذه الجارية على أن تخدمني جمعة مثل[(٤)].

---

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، وتبيين الحقائق: (١٣٥/٤).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (١٣٤/٤)، والنهر الفائق: (٥٢٥/٣ ـ ٥٢٦).
(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، والنهر الفائق: (٥٢٥/٣)
(٤) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، وتبيين الحقائق: (١٣٤/٤).

٤. (وَ) الرابع: (النِّكَاح)، بأن قال: زوجتك على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح ويفسد الشرط، ويجب مهر المثل[١]، كما عرف في موضعه.

٥. (وَ) الخامس: (الطَّلَاق)، بأن قال: طلقتك على أن لا تتزوجي غيري بعد العدة، وقَبِلت طلقت تزوجت أو لا، ويبطل الشرط[٢].

٦. (وَ) السادس: (الْخلْع)، بأن اختلعت من زوجها بشرط أن يكون الصغير له؛ صح الخلع دون الشرط، إلا إن بقين مدة معلومة؛ فيصحان.

٧. (وَ) السابع: (الْعِتْق)، بأن قال: أعتقتك على أن يكون إليّ الخيار ثلاثة أيام[٣].

٨. (وَ) الثامن: (الرَّهْن): بأن رهن [عند إنسان شيئاً، فقال المرتهن للراهن: آخذه على أنَّه إن ضاع ضاع بغير شيء، فقال: نعم، الرهن][٤] جائز، والشرط باطل.

٩. (وَ) التاسع: (الإيصاء)، بأن قال: أوصيت إليك على شرط أن تتزوج ابنتي[٥].

١٠. (وَ) العاشر: (الْوَصِيَّة)، بأن أوصى بثلث ماله لأم ولد إن لم تتزوج، فَقَبِلت، فإنها تستحق الثلث، [أ/٢٦٥] ويبطل الشرط.

---

(١) هو ما اعتاد الناس أن يدفعوه مهراً لأمثال هذه المرأة من قريباتها. ينظر: معجم لغة الفقهاء: (٤٦٦/١).

(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، والنهر الفائق: (٥٢٦/٣).

(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، وتبيين الحقائق: (١٣٥/٤).

(٤) سقط من: (أ).

(٥) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، وتبيين الحقائق: (١٣٥/٤).

١١. (وَ) الحادي عشر: (الشَّرِكَة)، بأن قال: شاركتك على أن تهديني كذا.

١٢. (وَ) الثاني عشر: (الْمُضَارِبَة)[1]، بأن قال: ضاربتك في ألف على النصف في الربح إن شاء فلان، أو إن قَدِم فلان[2]

١٣. (وَ) الثالث عشر: (الْقَضَاء)، بأن قال الخليفة: وليتك قضاء مكة[3] على أن لا تعزل أبداً.

١٤. (و) الرابع عشر: (الإمارة)، بأن قال الخليفة: وليتك إمارة المصر مثلاً على أن لا تركب، فهذا الشرط فاسد، ولا تبطل إمارته بهذا.

١٥. (وَ) الخامس عشر: (الْكَفَالَة)، بأن قال: كفلت عن غريمك إن أقرضتني كذا.

١٦. (وَ) السادس عشر: (الْحوالَة)، بأن قال: أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع عليّ عند التوى[4].

١٧. (وَ) السابع عشر: (الْوكَالَة)، بأن قال: وكلتك إن أبرأت ذمتي عما لك علي[5].

١٨. (وَ) الثامن عشر: (الْإِقَالَة)، بأن اشترى رَجل من آخر عبد بألف

---

(١) عقد شركة في الربح بمال من رَجل وعمل من آخر وسميت بهذا الاسم؛ لأن المضارب يضرب في الأرض غالباً للتجارة. ينظر: طلبة الطلبة: ص١٤٨، والتعريفات: ص٢١٨.

(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، والنهر الفائق: (٥٢٦/٣).

(٣) ينظر: خليج البحار: ص٥٦٠.

(٤) التوى: الهلاك أو الموت. ينظر: لسان العرب: ٢٠٨/٩، مادة (توى).

(٥) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، والنهر الفائق: (٥٢٧/٣).

وتقابضا، ثم قال المشتري: أقلني حتى أؤخرك الثَّمَن سَنَة، فقال: أقلت، جازت الإقالة دون التأخر.

١٩. (وَ) التاسع عشر: (الْكِتَابَة)، بأن قال المولى لعبده: كاتبتك على ألفٍ بشرط أن لا تخرج من البلد، أو على أن لا تعامل فلاناً، أو على أن تعمل في نوع التجارة، فإنَّ الكتابة على هذا الشرط؛ [لأنَّ هذا الشرط غير داخل في طلب العقد، وأمَّا إذا كان داخل في صلب العقد بأن كان في نفس البدل، كالكتابة على خمر ونحوها، فإنَّها تفسد به على ما عرف في موضعه](١).

٢٠. (وَ) العشرون: (إِذن العَبْد فِي التِّجَارَة)، بأن يأذن المولى لعبده بشرط أن يتجر إلى شهر، أو على أن يتجر في كذا، فإن إذنه يكون عاماً في التجارات والأوقات، ويبطل الشرط(٢).

٢١. (و) الحادي والعشرون: (دعوة الْوَلَد)، بأن قال لأَمَتِهِ التي ولدت منه: هذا الولد مني إن رَضِيتْ امرأتي بذلك.

٢٢. (وَ) الثاني والعشرون: (الصُّلْح عَن دم الْعمد)، بأن صالح ولي المقتول عمداً القاتل على شيء، بشرط أن يقرضه، أو يهدي إليه شيئاً، فإن الصلح صحيح، والشرط فاسد، ويسقط الدم؛ لأنَّه من الإسقاطات، فلا يحتمل الشرط، [وكذا الإبراء عن دم العمد، ولم يذكره اكتفاء بالصلح، أو ليس بينهما فرق كثير، فإن الولي إذا قال للقاتل عمداً: أبرأت ذِمَّتَكَ على أنْ يقيم في هذه البلدة مثلاً، أو صالح عليه معه صحَّ الإبراء والصلح، ولا يُعتبر الشرط(٣)](٤).

٢٣. (و) الثالث والعشرون: الصلح عن (الجراحة) التي فيها

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، والنهر الفائق: (٣/٥٢٧).
(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤.
(٤) سقط من: (ب).

القصاص، كالموضحة[١] بأن صالح عن جراحة بشرط إقراض شيء، أو إهداء شيء[٢].

٢٤. (وَ) الرابع والعشرون: (عقد الذِّمَّة)، فإنَّ الإمامَ إذا فتح بلدة، وأقرَّ أهلها على أملاكهم، وشرطوا مع الإمام في عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الإهانة، فالعقد صحيح، والشرط باطل.

٢٥. (وَ) الخامس والعشرون: (تَعْلِيق الرَّد بِعَيْب)، بأن يقول المشتري: إن لم أردَّ هذا الثوب المعيب عليك اليوم؛ فقد رضيت بالعيب، بطل الشرط في البيع، وله الرد بالعيب (أَو بِخِيَار شَرط)[٣].

٢٦. وهو السادس والعشرون: بأن قال: من له خيار الشرط في البيع أبطلت خياري غداً، وله الخيار أكثر من ذلك بطل الشرط، وله الرد بخيار العيب.

٢٧. (و) السابع والعشرون: (عزل القَاضِي)، بأن قال الخليفة للقاضي: عزلتك عن القضاء إن شاء فلان، فإِنَّه ينعزل، ويبطل الشرط[٤].

لما ذكرنا أن هذه الأشياء كلها ليست بمعاوضة مالية، فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة.

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) وهي التي تقطع السمحاق وتوضح العظم. ينظر: طلبة الطلبة: (١٣٧/٤)، والزاهر: ص٣٦٣.

(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص ٤٤٤، والنهر الفائق: (٥٢٨/٣).

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر كنز الدقائق: ص ٤٤٤، والنهر الفائق: (٥٢٨/٣).

كتاب الصرف

[عنونه البعض بالباب، وهو الأنسب؛ لأنَّ الصرف من أنواع البيوع][(١)] (هُوَ) لغة: النقل، والرد، ولذا سُمي به لحاجة النقل في بدليه من يد إلى يد[(٢)] قبل الافتراق (بيع ثمن بِثمن)[(٣)]، والمراد بالثمن: ما تعين للثمنية وضعاً، وتأكد ذلك شرعاً[(٤)]، وهو الدراهم والدنانير ونحوهما من الذهب والفضة، فبيع كل واحد منهما بالآخر، وإبداله به صرفاً (**تجانسا أَو لَا**)؛ أي: الثمنان، كما إذا بيع الذهب بالفضة، أو بالعكس، (**وَشرط فِيهِ التَّقَابُض قبل التَّفَرُّق**) بالأبدان؛ لأنَّ التفرق بالمكان غير مانع؛ لقوله - ﷺ - في حديث الربا: «**الذهب بالذهب، مثلاً بمثل، وزناً بوزن، يداً بيد**»[(٥)].

(**وَصَحَّ بيع الْجِنْس بِغَيْرِهِ**)، كالذهب بالفضة، أو الدراهم بالدنانير، (**مجازفة**)؛ أي: من غير عدد ووزن في البدلين، (**وبفضل**)، نحو بيع دينار بعشرة دراهم؛ لاختلاف الجنس، مع اشتراط التقابض في المجلس

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: المصباح المنير: (٣٣٨/١)، والمعجم الوسيط: (٥١٣/١).

(٣) ينظر: الهداية: (٨١/٣)، والنهر الفائق: (٥٢٩/٣).

(٤) ينظر: التعريفات: ص١٧٤

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: (٢٧٦/٥)، برقم ١٠٧٨٤، باب: الأجناس التي ورد فيها النص، وقال: رواه همام بن يحيى، وهو من الثقات عن قتادة عن أبي الخليل عن مسلم موصولاً مرفوعاً إلى النبي ﷺ.

(لَا بَيْعه بِجِنْسِهِ)؛ أي: لا يصح بيع شيء منهما بجنسه، كالذهب بالدنانير، والفضة بالدراهم، (إِلَّا مُتَسَاوِياً) في الوزن[١].

(وَإِن) - وَصْلِيَّةٌ - (اخْتلفَا)؛ أي: المتجانسان (جودة وصياغة) لقوله - ﷺ - في آخر الحديث: «جيدها ورديئها سواء»، (فَإِنْ بيع مجازفة، ثمَّ علم التَّسَاوِي قبل التَّفَرُّق جَازَ)؛ يعني: لو بيع شيء من جنس الأثمان بجنسه مجازفة؛ لم يجز لاشتراط التساوي فيهما، ومع هذا لو كانا في نفس الأمر متساويين، وعُلِمَ تساويهما قبل تفرق العاقدين جاز ذلك لما عرف فيما مرَّ غير مرَّة أن ساعات المجلس كساعة واحدة، فصار العِلْم في آخره كالعِلْم في أوله، وإن لم يعلما؛ لا يجوز لاحتمال الربا.

(وَلَا يجوز التَّصَرُّف فِي بدل الصّرْف قبل قَبضه)؛ [أي: قبل قبض ثمن الصرف؛ لأنَّ كلاً منهما مبيع من وجه، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه][٢]، كما مر في كتاب البيوع[٣].

ثم فَرَّع على القاعدة المذكورة قوله: (فَلَو بَاعَ ذَهَباً بِفِضَّة) مطلقاً سواء كانت دراهم أو فضة، (وَاشْترى بهَا)؛ أي: بالفضة (ثوباً قبل قبضهَا فسد بيع الثَّوْب)؛ لأنَّه حصل من التصرف في بدل الصرف قبل قبضه، (وَلَو اشْترى أَمَةً تَسَاوِي ألفاً مَعَ طوق) من الفضة (قِيمَته ألف بِأَلْفَيْنِ) من الفضة، (وَنقد ألفاً)؛ أي: قبض المشتري البائع من الألفين ألفاً، (فَهُوَ)؛ أي: الألف المنقود (ثمن الطوق)؛ لأنَّ حصة الطوق يجب قبضه في المجلس، لكونه بدل الصرف، فيصرف إليه تصحيحاً للعقدِ، والمتأخر للأَمَةِ، [قيل: في العبارة تسامح؛ لأنَّ القيمة لا تُعتبر في الطوق، وإنَّما يُعتبر القَدْر عند المقابلة بجنسه، وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية؛

(١) ينظر: الهداية: (٨١/٣)، والعناية: (١٤٠/٧).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص ٩٠، والعناية: (١٣٥/٧).

لأنَّ قَدْر الطوق صار مقابلاً بالطوق، والباقي بالجارية قل قيمتها أو كثر، وأجاب بعضهم عنه بما لا طائل تحته[١].

قال العلامة ابن الهمام: كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط، بل الأصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بدَّ أنْ يزيدُ الثمنُ على النقدِ المَضمومِ إليه][٢]، (وَلَو اشْتَرَاهَا)؛ أي: هذه الأَمَةُ أيضاً معَ الطوقِ (بِأَلفَيْنِ ألف نَقد وَألف نَسِيئَة فالنقد) التي تعطي نقد (ثمن الطوق)؛ لأنَّ الأَجَلَ في الصَّرْفِ باطِلٌ، وفي بَيعِ الجاريةِ [أ/٢٦٦] جائز[٣].

والظاهر: أنَّهُ يُبَاشِرهُ على وَجهِ جوازٍ؛ وإنَّما قال: ألف نقد، وألف نسيئة؛ لأنَّه لو اشتراها بألفين نسيئة فسد البيع في الكلِّ عند أبي حنيفة، وعندهما: في الطوق خاصة، (وَإن اشْترى سَيْفاً) فحلى (حليته خَمْسُونَ)؛ أي: تساوي خمسين درهماً (بِمِئَة) درهم، (وَنقد) من الثمن (خمسين) درهماً بمئة درهم، ونقد من الثمن خمسين درهماً، ولم يعيِّن أنها من ثمن أيهما؛ (فَهِيَ)؛ أي: الخمسون المنقودة (حِصَّة الْحِلْية)؛ لأنَّ هناك شيئان: أحدهما: يجب قبض بدله في المجلس، وهو الحلية، والآخر: لا يجب؛ يعني: لا يفسد العقد بتراخي قبض عوضه عن المجلس، فتصرف العقد إلى الواجب؛ يعني: يجعل حصة الحلية[٤].

(وإنْ لم يبيّن) المشتري حصتها عند نقد الثمن، بل دفعها على السكوت، (أَو قَالَ) المشتري عند نقد الخمسين: (هِيَ من ثمنهما) بضمير التثنية؛ فإنَّه ينصرف أيضاً إلى الواجب؛ وذلك لأنَّ ضمير التثنية قد يُراد به الواحد مجازاً، فيحمل على أنهما، وهو الحلية؛ لِوجوب نقد بدلها؛ لكونه صرفاً، وعدم لزومه في السيف؛ لأنَّه بيع، (وَإن تفرقا

---

(١) ينظر: العناية: (١٣٩/٧)، والنهر الفائق: (٥٣٣/٣).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: فتح القدير: (١٤٢/٧).

(٤) ينظر: المصدر السابق، ودرر الحكام: (٢٠٣/٢).

بِلَا قبض) الثمن؛ (صَحَّ) البيع (فِي السَّيْف دونهَا)؛ أي: دون الحلية، (و)هذا (إِنْ تخلص) السيف عن الحلي (بِلَا ضَرَر وإلّا)؛ أي: وإن لم يتخلص السيف بلا ضَرَر (بَطل) البيع (فيهمَا)؛ أي: الحلية والسيف إما في الحلية؛ فلأنَّ بيعها صرف، وبدون القبض يبطل، وأما في السيف، فللزوم الضرر في تسليمه وحده، ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع، كالجذع في السقف[١].

(وَإِن بَاعَ إِنَاء فضَّة) بفضة، أو ذهب، (وَقبض) البائع (بعض ثمنه وافترقا) بالأبدان؛ (صَحَّ) البيع من أجزاء الإناء بمقدار (مَا قبض فَقَط) من بدله، إن نصفاً فنصف، وإن ثُلثاً فثلث، وإن أكثر أو أقل فبحسابه، ويبقى باقي الإناء على ملك البائع، (والإناء مُشْتَرك بَينهمَا) فيكونان شريكين في الإناء حتى لو أن المشتري أراد نقد باقي الثمن يحتاج فيه إلى إنشاء بيع جديد في باقي الإناء، (وَإِن اسْتحق بعضه)؛ أي: بعض الإناء (أَخذ الْمُشْتَرِي مَا بَقِي) منه بعد الاستحقاق (بِحِصَّتِهِ) من الثمن، (أَو رده)؛ لأنَّ الشركة في الإناء عيب، وفي مثله يخير المشتري، (وَلَو اسْتحق بعض قِطْعَة نقرة)، وهي الفضة التي ليست بمسكوكة[٢]، قوله: (اشْتَرَاهَا)؛ أعني: أي النقرة صفة لها، وقوله: (أَخذ الْبَاقِي) جواب لو؛ يعني: يأخذه (بِحِصَّتِهِ)؛ أي: بقسطه من الثمن، كما سبق في استحقاق الإناء، لكن هنا يأخذ الباقي (بِلَا خِيَار)؛ لأنَّ الشركة ليست بعيب فيها؛ لأنَّها[٣] ينتقض بالتبعيض هذا إذا استحق بعضها بعد قبضها، فأما إذا استحق قبله فله الخيار، لتفرق الصفقة عليه قبل القبض[٤].

(وَصَحَّ بيع دِرْهَمَيْنِ، ودينار بدينارين وَدِرْهَم)، وذلك بأن يجعل كلَّ جنسين بخلافه، فيكون الدرهمان بالدينارين، (وَ)الدينار بالدرهم، صح (بيع

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٤٠٩/١١)، ودرر الحكام: (٢٠٤/٢).
(٢) ينظر: المصباح المنير: (٦٢١/٢)، والمعجم الوسيط: (٩٤٥/٢).
(٣) في (ب): (لا).
(٤) ينظر: العناية: (١٤٣/٧)، والنهر الفائق: (٥٣٥/٣).

كرّ بر، وكر شعير بكري بر، وَكري شعير) أيضاً استحساناً، فيكون كراً بر بكري الشعير، أو كري الشعير بكري البر[١].

وقال زفر، والشافعي: لا يجوز البيع فيهما قياساً[٢]، (و)صح (بيع أحد عشر درهماً بِعشْرَة دَرَاهِم ودينار)، بأن جعلت العشرة بمثله والدينار بالدرهم، (وَ)صح (بيع دِرْهَم صَحِيح ودرهمين غلَّة)، وهي ما يرده بيت المال، ويأخذه التجار[٣].

(بِدِرْهَمَيْنِ صَحِيحَيْنِ وَدِرْهَم غلَّة) بأن جعل كل جنسين بخلافه تصحيحاً للعقد، (وَ)صح (بيع دِينَار بِعشْرَة) دراهم (هِيَ عَلَيْهِ)؛ أي: العشرة على البائع، (أَو بِعشْرَة مُطلقَة)؛ أي: غير مقيدة بكونها عليه (إنْ) كان (دفع) البائع (الدِّينَار) في الصورتين، (ويتقاصان الْعشْرَة بِالْعشرَةِ)[٤]، هاتان مسألتان:

● صورة الأولى منهما: رَجل له على آخر عشرة دراهم دَين، فباع المديون من الدائن ديناراً بتلك العشرة التي له عليه؛ صحَّ البيع بمجرد العقد إجماعاً.

● وصورة الثانية: أن يبيع المديون ديناره بعشرة مطلقة، ويدفع الدينار، ثم يتقاصان العشرة بالعشرة التي في ذمة البائع جاز، [وجه الصحة في الصورة الأولى: إن بائع الدينار ثبت له في ذمة المشتري مثل ما للمشتري في ذمته قَدْراً ووصفاً، وهي عشرة غير متعينة، فتقوم مقام العشرة بمجرد العقد[٥].

ووجه الصحة في الثانية: أنَّه يجب لبائع الدينار دراهم واجبة القبض

---

(١) ينظر: العناية: (١٤٣/٧)، والنهر الفائق: (٥٣٥/٣).
(٢) ينظر: المجموع: (٣٢٢/١٠).
(٣) ينظر: التعريفات: ص٢٠٩.
(٤) ينظر: البحر الرائق: (٢١٦/٦)، والنهر الفائق: (٥٣٦/٣).
(٥) ينظر: الهداية: (٨٣/٣)، والبحر الرائق: (٢١٦/٦).

قبل التفرق، والتي في ذمته للمشتري ليست واجبة القبض، كذلك إذ لا يلزم من تأخر القبض فيها فساد، فلا تقوم أحديهما مقام الأخرى لعدم المجانسة، لكن إذا تقاصّا ينفسخ عقد الصرف في العشرة التي هي ثمن الدينار، ويضاف إلى الدين، فيقوم مقام العشرة التي هي دَين، وهذا الفسخ بطريق الاقتضاء، وهو استحسان، والقياس: عدم الجواز، وهو قول زفر؛ لأنَّه تصرف في بدل الصرف قبل قبضه(١).

وجه الاستحسان: أنَّهما لما قصد المقاصة(٢) وجب تصحيحاً بما أمكن، وقد أمكن بما ذكرنا من فسخ العقد الأول وإضافة ثمن الدينار، وهذا إنَّما يلزم اقتضاءً، وكم من شيء يجوز ضمناً، ولا يجوز صريحاً؟ ولا شك أن المتعاقدين يملكان إبطال العقد، فيملكان تغييره، كما في زيادة الثمن](٣)، (وَمَا غالبه الْفضة أَو الذَّهَب فضَّة) في الأول، (وَذهب) في الثاني حكماً، ويُعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يُعتبر في الخالص منهما، (فَلَا يجوز بيع الْخَالِص) من الذهب، أو الفضة (بِهِ)؛ أي: بالمغشوش منهما المخلوط بغيره(٤).

(وَلَا بيع بعضه بِبَعْض(٥) إِلَّا مُتَسَاوِياً وزناً، وَلَا) يجوز (استقراضه) أيضاً (إِلَّا وزناً) متساوياً؛ لأنَّ النقود لا يخلو عن قليل غش عادة، فيكون الحكم للغالب.

(وَمَا غَلَبَ عَلَيْهِ الْغِشُّ مِنْهُمَا)؛ أي: من الذهب والفضة (فَهُوَ فِي حكم الْعرُوض)؛ يعني: إذا كان الصفر(٦)، أو النحاس هو الغالب كان في

---

(١) ينظر: العناية: (١٤٩/٧).

(٢) المقاصة: أي: أن يصير المستوفى دَيناً في ذمة المستوفي. ينظر: بدائع الصنائع: (٢٥٤/١٦).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) ينظر: العناية: (١٤٩/٧)، وتبيين الحقائق: (١٤١/٤).

(٥) في (ب) زيادة: (أي: المغشوش منهما أيضاً لا يجوز بيع بعضه ببعض).

(٦) هو النحاس الأصفر والخالي من الأشياء، الواحد والجمع فيه سواء، ويجمع أيضاً على أصفار، ويقولون: إناء أصفار. ينظر: المعجم الوسيط: (٥١٦/١).

حكم الصفر، أو النحاس حتى لا يباع بالصفر، أو النحاس إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، (فبيعه) تفريع[١]؛ لقوله: (وما غلب عليه الغشُّ منهما)، فهو في حكم العروض (بالخالص) منهما؛ أعني: لو بيع ما غلب عليه الغشُّ من الفضة، أو الدراهم بفضة خالصة، أو ما غلب عليه الغشُّ من الفضة، أو الدنانير بذهب خالص يكون ذلك البيع فيها (على وُجُوه حلية السَّيْف)، التي تقدم بيانها، فيكون الغش الغالب بمنزلة السيف، والجوهر الذي فيه بمنزلة حلية السيف، فإن كان الذهب، أو الفضة الخالص أكثر مما في المغشوش منه صحَّ العقد؛ لأنَّ مقدار ما فيه يكون بمقابلته، والزائد بمقابلة الغشِّ الذي فيه، ويلزم التقابض في المجلس [٢٦٧/أ] لِوجود الذهب، أو الفضة في الجانبين[٢]، فإن افترقا قبله بطل العقد في الذهب والفضة، ويلزم بطلانه أيضاً في الغش؛ لأنَّه لا يمكن تخليصه عما فيه منهما، وكذلك إن كان الذي في الغش منهما أزيد من الخالص.

(وَيصِح بَيْعه بِجِنْسِهِ مُتَفَاضلاً)؛ أي: يصح بيع الفضة المغشوشة بالفضة المغشوشة كيف كان، والذهب المغشوش بالذهب المغشوش متفاضلاً، أو متساوياً، وصحته بصرف الجنس إلى خلافه، ولكن (بِشَرْط التَّقَابُض فِي الْمجْلس)؛ لما ذكرنا من وجود الذهب، أو الفضة في البدلين منه، فهو صرف في ضمن البيع، والتصرف يشترط فيه التقابض في المجلس[٣].

(و)يصح (التبايع والاستقراض بِمَا يروَّج مِنْهُ)؛ أي: من الدرهم، أو الدينار الغالب عليه الغش (وزناً أَو عدداً أَو بهما)؛ يعني: أن النقود المغشوشة إن كانت تروَّج بالوزن، فالتبايع والاستقراض يكون فيها بالوزن، وإن كانت تروَّج بالعدِّ فالتبايع والاستقراض يكون جائزاً بكل واحد منهما؛ لأنَّ المعتبر هو المتعارف فيما لا نصَّ فيه، (وَلَا يتَعَيَّن بِالتَّعْيِينِ لكَونه ثمناً)

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (١٤٠/٤)، والنهر الفائق: (٥٣١/٣).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (١٤١/٤)، والنهر الفائق: (٥٣١/٣).
(٣) ينظر: البناية: (٣٩٧/٨)، والنهر الفائق: (٥٣٧/٣).

بالاصطلاح، والضمير المستتر والبارز يعود إلى ما غلب غشه؛ يعني: ما دام هذا النوع من النقود رائجاً، فهو ثمن لا يتعين بالتعيين لقيام المقتضى[(١)].

(وَلَو اشْترى) شيئاً (بِهِ)؛ أي: بغالب الغش حال كونه رائجاً، (فكسد) قبل القبض (بَطل البيع) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الثمن قد هلك بالكساد؛ ولأنَّ كون المغشوش ثمناً إنَّما كان باصطلاح الناس، فلما تركوا التعامل بذلك؛ بقي بيعاً بلا ثمن، فيبطل، وإذا بطل لزم ردُّ المبيع إلى بائعه إن كان قائماً، وقيمته إن كان هالكاً؛ إذ لا بدَّ للمشتري من أخذ بدل ما باعه، فإن تراضيا على شيء عوضاً عن الثمن فيها، (وَقَالا: لَا يبطل) البيع، (وَتجب) على المشتري (قِيمَته)؛ أي: قيمة النقد الكاسد، وتُعتبر القيمة (يَوْم البيع عِنْد أبي يُوسُف)، وبه يُفتى[(٢)]، (وَآخر مَا تُعُومل بِهِ عِنْد مُحَمَّد)، فيعطى المشتري بدله مما يروج، لهما: إنَّ العقد قد صحَّ، والثمن تعلق بالذمة، والكساد عارض على الأعيان دون الذمة، لكن تعذر التسليم بالكساد، وهو لا يوجب الفساد، وإذا بقي العقد تجب قيمة الكاسد، لكن عند أبي يوسف: تُعتبر قيمته يوم العقد؛ لأنَّ الضمان وجب به، وعند محمد: يوم الكساد؛ لأنَّ الانتقال إلى القيمة حصل، ثم وجد الكساد أن يترك المعاملة بها في جميع البلدان عند محمد، وعندهما: في بلد المتعاقدين.

(وَمَا لَا يروَّج مِنْهُ يتَعَيَّن بِالتَّعْيِينِ)؛ يعني: ما لا يكون رائجاً بين الناس من النقود والمغشوشة، فهو بمنزلة السلعة يتعيّن بالتعيين، وإن كان يقبله البعض دون البعض فهو كالزيف، لا يتعلق العقد بعينه، بل بجنسه زيفاً إن كان البائع عالماً بحاله، لتحقق الرضا منه به، وبجنسه من الجياد إن كان لا يعلم به لعدم الرضا منه، (والمتساوي الْغِشّ كمغلوبه)؛ أي: ما يكون فيه الذهب، أو الفضة مساوياً للغش، فهو في حكم القليل

(١) ينظر: الهداية: (٣/٨٤)، والعناية: (٧/١٥٦).

(٢) ينظر: الهداية: (٣/٨٥)، والعناية: (٧/١٥٧).

الغش (فِي التبايع[١]، والاستقراض)؛ يعني: أنها تكون ملحقة بالجياد لقوله ـ ﷺ ـ: «جيدها ورديئها سواء»[٢].

(وَكَذَا) حكمها (فِي الصّرْف) أيضاً، (وَقيل كغالبه)؛ يعني: فرق في المتساوي بين البيع والاستقراض، وبين الصرف، ففي الأولين جعل في حكم قليل الغش، وفي الصرف جعل في حكم غالب الغش، ووجهه: أن التبايع والاستقراض يتسامح فيه ما لا يتسامح في الصرف.

(وَيجوز البيع بالفلوس النافقة)؛ أي: الرائجة؛ [لأنها مال معلوم، فإن كانت نافقة جاز البيع بها][٣] (وَإِن لم تتَعَيَّن)؛ لأنَّها أثمان بالاصطلاح، (فَإِن كسدت فَالْخِلَاف كَمَا فِي كساد الْمَغْشُوش)؛ يعني: يبطل البيع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، كما قررناه آنفاً، والدليل لكل منهم هو الدليل له هناك[٤].

(ولو استقرضها)؛ أي: الفلوس، (فكسدت)، وترك الناس التعامل بها (يرد) المستقرض (مثلهَا)؛ أي: مثل الكاسدة عند أبي حنيفة، (وَعند أبي يُوسُف: قيمتهَا يَوْم الْقَرْض، وَعند مُحَمَّد): يرد قيمتها (يَوْم الكساد) [وعليه الفتوى، وهذا في صورة الكساد][٥]، وأما لو غلت قيمتها، أو رخصت، لزم رد المثل بالإجماع، وله: أن الاستقراض إعارة، وموجبها رد العين صورة إذا كان باقياً بعينه، ومعنى: إذا استهلك، ولهما: إنّه لما بطل وصف الثمنية فيها بالكساد؛ تعذَّر ردها كما قبضت، فيجب رد قيمتها، كما إذا استقرض مثلياً، فانقطع عن أيدي الناس، لكن عند أبي يوسف: تُعتبر القيمة يوم القبضة، وعند محمد: يوم الكساد[٦].

---

(١) ينظر: درر الحكام: (٢/٢٠٥)، والبحر الرائق: (٦/٢١٨).
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سقط من: (أ).
(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص٩١، والنهر الفائق: (٣/٥٤٠).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٤٧، والنهر الفائق: (٣/٥٤٠).

وعلى ما مر قال صاحب الهداية: «وقول محمد أنظر، وقول أبي يوسف أيسر»، [أما كون قول محمد أنظر؛ فلأنَّه على قول أبي حنيفة، إذا رد مثل ما استقرض، وهي حينئذ كاسدة يتضرَّر المقرض حيث أعطى رائجاً، ولأخذ كاسداً، وعلى قول أبي يوسف: يتضرر المستقرض؛ لأنَّ قيمتها يوم القبض أكثر بسبب الرواج، فكان في قول محمد نظر للجانبين[(١)].

وأما كون قول أبي يوسف أيسر؛ فلأنَّ قيمتها يوم القبض معلومة للمقرض، وللمستقرض، ولسائر الناس، فلا يقع في ذلك نزاع.

وأما كون الكساد والانقطاع؛ فقيمتها حينئذ تشتبه على الناس ويختلفون فيها، فكان العمل بالمعلوم لعدم النزاع أيسر][(٢)]، (وَلَا يجوز البيع بِغَيْر النافقة) من الفلوس (مَا لم تعين)، وتكون معلومة للبائع والمشتري؛ لأنَّها حينئذ سلعة، ولا بدَّ من تعيينها في البيع.

(وَمن اشْترى) شيئاً (بِنصْف دِرْهَم فلوس، أَو دانق[(٣)] فلوس، أَو قِيرَاط فلوس) القيراط: عند الحساب نصف عشر المثقال[(٤)]؛ (جَازَ البيع، وَعَلَيهِ)؛ أي: على المشتري للبائع (مَا يُبَاع بِنصْف دِرْهَم أَو دانق)؛ أي: أو ما يباع بدانق، (أَو قِيرَاط)؛ أي: أو ما يباع بقيراط (مِنْهَا)؛ أي: من الفلوس[(٥)].

بيان لقوله: (ما يباع بنصف درهم)، وغيره من الفلوس معلوم عند الناس، فصار كأنه صرح بقَدْر الفلوس، وقال زفر: لا يجوز في جميع ذلك.

(وَلَو دفع إِلَى صيرفي)؛ أي: صرّاف (درهماً، وَقَالَ: أَعْطِنِي بنصفِهِ)؛ أي: بذلك الدرهم (فُلُوساً وبنصفه) الآخر (نصفاً)؛ أي: ما

---

(١) ينظر: الهداية: (٨٥/٣).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) الدَّانَقُ: ـ بالفتح والكسر ـ قِيراطان، والجمع دَوانِقُ ودَوانِيق. ينظر: المغرب: (٢٩٧/١).
(٤) ينظر: المطلع على أبواب الفقه: ص٣٠٥.
(٥) ينظر: الهداية: (٨٥/٣)، والبحر الرائق: (٢٢٠/٦).

ضرب من الفضة على وزن نصف درهم (**إِلَّا حبّة؛ فسد البيع فِي الْكل**) عند أبي حنيفة، (**وَعِنْدَهُمَا: صَحَّ فِي الْفُلُوس**)، ويبطل فيما بقي؛ لأنَّ بيع نصف درهم بالفلوس جائز، وبيع النصف بنصف إلا حبةً ربا، فلا يجوز، وله: أنَّ الصَّفَقَةَ [أ/٢٦٨] مُتَّحِدَةٌ، والفسادَ قويٌّ، فيشيع في الكُلّ؛ لأنَّهُ في صلب العقد[١].

(**وَلَو كرر**) قوله: أعطنا، بأنْ قال للصيرفي: (**أَعْطِنِي**) بنصفه فلوساً، وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبة؛ (**صَحَّ فِي الْفُلُوس اتفاقاً**)؛ لأنَّه [لما][٢] كرر لفظ: أعطني؛ صار عقدين، كذا قالوا، [لكن فيه إشكال؛ لأنَّ ـ قوله: أعطني مساومة كلفظ بعني بالمساومة لا ينعقد البيع، فكيف يتكرر بتكراره؟ لعل الوجه أن يقال: تكرار أعطني يدل على أنَّ مقصوده تفريق الصفقة، فحمل على أنَّهما عَقَدَا عَقْدَيْن][٣].

(**وَلَو قَالَ:**) للصيرفي: (**أَعْطِنِي بِهِ**)؛ أي: بالدرهم (**نصف دِرْهَم**)، وسلم (**فلوس وَنصفاً إِلَّا حبّة صَحَّ**) البيع، (**فِي الْكل**)؛ لأنَّه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة[٤].

فيحمل على ما يصحّ به العقد، وهو ما قال المصنِّف، (**وَالنّصف إِلَّا حبّة بِمثلِهِ، والفلوس بِالْبَاقِي**)؛ يعني: يقابل النصف إلا حبة بمثله من الدرهم، ويبقى نصف وحبة، وهو ثمن الفلوس، فلا يلزم فساد.

ويصح العقد في البدلين، لكن يشترط التقابض في المجلس، وإنّما لم يتعرض له بذلك لانفهامه على ما مرّ غير مرة.

وفي الخلاصة: رَجل تزوج امرأة على ألف درهم، فكسدت الدراهم وصارت النقود غيرها، تجب قيمة تلك الدراهم يوم كسدت، هو المختار[٥].

---

(١) ينظر: الهداية: (٨٥/٣)، والبحر الرائق: (٢٢٠/٦).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) سقط من: (ب). وينظر: درر الحكام: ٢٠٧/٢.
(٤) ينظر: البحر الرائق: (٢٢٠/٦)، والنهر الفائق: (٥٤١/٣)، والهداية: ٨٦/٣.
(٥) ينظر: البحر الرائق: (١٥٤/٣)، والفتاوى الهندية: ٣٠١/١.

كتاب الكفالة

(هِيَ) لغة: الضم مطلقاً، وشرعاً: (ضم ذمَّة) الكفيل (إِلَى ذمَّة) الأصيل، الذمة: العهد[١]؛ لأنّه يلزم بالنقض[٢].

وقال أبو عبيد[٣]: «الذمة: الأمان، وتفسد عند الفقهاء بمحل الضمان»، والوجوب (فِي الْمُطَالبَة) فقط سواء كان المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر، كما في الكفالة بالمال، أو لا يكون كما في الكفالة بالنفس، [فإن المطلوب من الأصيل فيها هو المال، ومن الكفيل النفس، ولفظ المطالبة بإطلاقه ينتظمهما][٤] (لَا فِي الدّين) ردٌّ لما قال بعضهم في الكفالة بالدَّين: «إنها ضم ذمته في الدين، فيصير الدين الواحد دينين؛ [إذ مطالبة الدَّين لا يُتصور بدون ثبوته، ولهذا صحَّ هبة الدَّين للكفيل مع أنه لم يصح هبة الدَّين لغير من عليه الدَّين، وإليه ذهب الشافعي[٥]، والأول (هُوَ الْأَصَح)؛ لأَنَّه جعل الدَّين الواحد

(١) ينظر: المغرب: (٢٢٧/٢)، وأنيس الفقهاء: ص٢٢٢.

(٢) ينظر: العناية: (١٦٣/٧)، والنهر الفائق: (٥٤٢/٣).

(٣) أبو عبيد القاسم بن سلّام الهروي الأزدي الخزاعي، بالولاء، الخراساني البغدادي، أبو عُبيد: من كبار العلماء بالحديث والأدب والفقه، من أهل هراة، ولد وتعلم بها، ورحل إلى بغداد، مصنف حسن التأليف، تولى القضاء بطرطوس ت٢٢٤هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء: (٤٩٠/١٠)، والأعلام: (١٦٧/٥).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) نص الشافعي - ﷺ - على جواز هبة الدَّين لغير من عليه الدَّين، واختاره في المرشد. ينظر: كفاية النبيه: (٩١/١٢).

دينين][١]، قَلَب الحقيقة، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة»، كما في هبة الدَّين للكفيل، ولا ضرورة ههنا[٢].

قال بعض العلماء: لا صحة للثاني أصلاً ليكون الأول أصح، فعلى هذا لو قال: هو الصحيح، لكان أولى على ما لا يخفى.

(وَلَا تصح) الكفالة (إلّا مِمَّن يملك التَّبَرُّع)، بأن يكون حراً مُكَلَّفاً، فلا تصح من العبد، والصبي، والمجنون، لكن العبد يطالب بعد العتق[٣]، (وَهِي)؛ أي: الكفالة، (ضَرْبَان): شروع في تقسيمها إلى أنواعها، فهي تنقسم بالقسمة:

- الأولى إلى نوعين:

١. كفالة (بِالنَّفسِ).

٢. (و) كفالة (بالمال).

- والثانية تنقسم إلى:

١. ما يكون بالدَّين.

٢. وإلى ما يكون بالعين، كما سيأتي مفصل.

[فالأول من الكفالة بالنفس، وهذا مشروع في بيان الألفاظ التي تقع بها الكفالة بالنفس، وإنَّما قدمها؛ لأنَّها مخصوصة بمذهبنا، فهي أولى بالتقديم من المشتركة.

وأيضاً الكفالة بالمال طويلة الأبحاث، وكثيرة الأقسام، فكانت بمنزلة المُرَكَّب، فلهذا استحقت التأخير عن الكفالة بالنفس[٤]][٥].

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) ينظر: المبسوط: (١٦٠/١٩)، والعناية: (١٦٥/٧).
(٣) ينظر: درر الحكام: (٢٩٦/٢)، ولسان الحكام: ص ٢٥٥.
(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص١١٨، والنهر الفائق: (٥٤٢/٣).
(٥) سقط من: (ب).

ثم إنَّ الكفالة بالنفس (فَالْأُولى تَنْعَقِد) بقول الكفيل: تكفلت بفلان، أو أنا كفيل به، أو (تكفلت بِنَفسِهِ)، أو برأسه، [أو عطف على (بنفسه) على تسامح؛ أي: تنعقد بأن كفل (وبرقبته)، يقال: كفل يكفل كفلاً، أو كفولاً، وكفالةً من باب نصر؛ أي: ضمن][1]؛ (ونحوها)؛ أي: نحو هذين اللفظين (مِمَّا يعبر بِهِ عَن الْبدن)، أما حقيقة، كالجَسدِ، والنَّفْسِ، أو عُرفاً، كالروح، والرأسِ، والوَجْهِ على ما مَرَّ في الطلاق، (أَو) يعبر (بِجُزْءٍ شَائِع مِنْهُ)؛ أي: جزء كان (كنصفه أَو عُشْرَه)، فإن كلّ واحدٍ من النصف أو الثلثِ إلى العشرة يطلق على الذات كملاً؛ لأنَّ النَّفْسَ الواحدة، والشَّخْصَ الواحد لا يتجزئ في حَق الكفالة، فكان ذكر البعض شائعاً قائماً مَقَامَ ذكر الكل، بِخِلافِ ما إذا عبر بجزءٍ مَخْصُوصٍ لا يطلق على الكلِّ عُرْفاً، كاليَدِ، والرِّجْلِ، فإنَّهُ لا تَنْعَقِدُ الكفالةُ به[2]، كما لا يَقَعُ الطَّلاقُ بِذِكْرِهِ.

(و)تَنْعَقِدُ (بضَمِنْتُه)؛ لأَنَّهُ صَرِيحٌ بموجبِ عقد الكفالة، (أَو هُوَ عليّ)، فإن (عليّ) صيغة التزام، فمعناهُ: أَنا مُلْتَزِمٌ بتَسْليمِهِ، (أَو إِليّ)، فإنَّهُ يستعمل في هذا المقام بمعنى: عليّ، (أَو أَنا زعيم)، فإنَّ الزعامةَ هي الكفالة، (أَوْ قَبيلٌ بِهِ) هو بمعنى: الزعيم، (لا)؛ أي: لا تنعقد الكَفَالة بقوله: (بأنا ضامن لمعرفته)؛ لأنَّ وجوب الكفالة التزام التسليم، وهو ضمن المعرفة لا التسليم[3].

ولَا تنعقد بِأَنا ضَامِن لك؛ لأَنَّه لم يتبين المضمون أهو نفس أو مال؟ بخلاف ما إذا قال: (آشْناي فلان مَنَسْت)، أو قال: فلان (آشْناسْت) يكون كفيلاً، فكأنهم فرقوا بين العربية والفارسية، كذا في الأصل[4].

(وَصَحَّ أَخذ كفيلين وَأَكْثر) من كفيلين، وللطالبان يطلب المكفول به من أيُّهم شاء، (وَيجب فِيهَا)؛ أي: في الكفالة بالنفس (إِحْضَار مكفول بِهِ

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: العناية: (١٦٧/٧)، والبحر الرائق: (٢٢٤/٦).
(٣) ينظر: المصدران السابقان، ودرر الحكام: (٢٩٦/٢).
(٤) ينظر: مجمع الضمانات، ص٢٦٨.

إذا طلبه الْمَكْفُول لَهُ) من الكفيل، أو الكفلاء وفاءً بما التزمه، فإن أحضره؛ فقد برئت ذِمَته، وهذا إذا كانت الكفالة مطلقة؛ لأنَّ الظاهر أنَّهُ الْتَزَم بإحضاره مرة واحدة، وقد وَفَّى بذلك[(١)].

أما إذا قال: كلما طلبته فعليَّ إحضاره؛ فلا يبرأ من الكفالة بإحضاره مرة واحدة عملاً بمقتضى اللفظ، **(فَإِن لم يحضرهُ)**؛ أي: الكفيل المكفول به بعد الطلب مع كونه قادراً عليه؛ **(حبس)** إلى أن يظهر للقاضي عُذرُ إِحْضارِهِ بدلالة الحال، أو لشهود ذلك، فيخرج من الحبسه، وينتظر إلى وقت القُدْرة، كالإعسار بالدَّيْن[(٢)].

(وَإِن عيّن) في الكفالة **(وَقت تَسْلِيمه)** إلى المكفول به **(لزمَه ذَلِك)**؛ أي: إحضاره **(فِيهِ)**؛ أي: في ذلك الوقت **(إِذا طَالبه)** المكفول له فيه، فإن أحضره، وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن [إيفاء][(٣)] حق مستحق عليه بالتزامه، فصار ظالماً، والحبس جزاؤه، لكن لا يحبسه أول مرة؛ إذ رُبَّما لا يعلم أنه لماذا يُدْعى، فلم يظهر ظلمه، **(فَإِن سَلَّمه قبل ذَلِك)** الوقت **(برىء)** أيضاً لحصول المقصود، ولم يكن للطالب أن يمتنع عن القَبُول، كمن عليه دَين مؤجل إذا قضى قبل مضيِّ الأجل برىء، ولم يكن للدائن أن يأبى القَبُول، كذا في المبسوط[(٤)]، **(فَإِن غَابَ الْمَكْفُول بِهِ وَعلم مَكَانَهُ؛ أمهله الْحَاكِم مُدَّة ذَهَابه وإيابه)**؛ أي: مجيئه، ويستوثق منه بكفيل إن طلب المكفول له ذلك، ويأمره بأن يذهب، ويأتي به، **(فَإِن مَضَت)** المدة التي أمهله، **(وَلم يحضرهُ حَبسه** [الحاكم؛ لما ذكرنا[(٥)]][(٦)].

---

(١) ينظر: المبسوط: (٦٣/٢٠).
(٢) ينظر: النهر الفائق: (٥٤٨/٣)، وتبيين الحقائق: (١٤٩/٤).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: المبسوط: (١٦٦/١٩).
(٥) ينظر: النهر الفائق: (٥٤٨/٣)، وتبيين الحقائق: (١٤٩/٤).
(٦) سقط من: (ب).

وإن قال: هو يأتي اليوم، أو غداً ضرب له مدة ثانية، فإن لم [٢٦٩/أ] يأت بِهِ حبسه، وله أن يحبسه من غير ضرب مرة ثانية، وإن قال: لا أعلم مكانه؛ فلا يخلو إمّا أنْ يصدقه الطالب في ذلك أو لا، فإن كان الأول لا يحبسه لتصادقهما على العجز عن إحضاره، وإن كان الثاني فإن قال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: بل تعرفه، فإن كان للمكفول بنفسه عادة بالخروج إلى مكان معلوم نحو إن كان يخرج للتجارة، أو لجباية مال له في بلدة معلومة، أو قرية؛ فالقول قول الطالب؛ لأَنَّ الظاهر شاهد له، ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع وإحضاره(١).

(وَإِن غَابَ وَلم يعلم) الكفيل (مَكَانَهُ؛ لَا يُطَالب بِهِ)، ولا يحبس لعجزه عن إحضاره، فيكون القول قول الكفيل؛ لأَنَّهُ متمسك بالأصل، وهو الجهل بالمكان، ومنكر لزوم المطالبة عليه(٢).

(وَتبطل) الكفالة بالنفس (بِمَوْت الْكَفِيل)، لحصول العجز الكلي عن تسليم المطلوب من الكفيل بعد موته، وورثته لم يكفلوا له بشيء، وإنَّما يخلفونه فيما له لا فيما عليه، بخلاف الكفالة بالمال، فإنَّها لا تبطل بموت الكفيل، بل إن شاء الطالب أخذ حقه من مال الكفيل، ثم ورثته ترجع على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره(٣).

(و)أيضاً بموت (المكفول بِهِ) لتعذر التسليم، (وَلَو عبداً) أراد به دفع توهم أنَّ العبد مال، فإذا تعذر تسليم لزم قيمته (دون موت الْمَكْفُول لَهُ)؛ أي: لا تبطل كفالة النفس بموت الطالب لقيام محلها، وهو ذمة الكفيل، فيكون لورثة الطالب، أو وصيه أن يطلبوا المكفول به من الكفيل(٤). ولذلك قال: (بل يُطَالب وَارثه) بالدفع؛ أي: يطالب وارث المكفول له، (أَو وَصِيّه الْكَفِيل) بالنصب مفعول يطالب، وإنَّما كان للمذكورين ذلك؛

---

(١) ينظر: البحر الرائق: (٢٢٨/٦)، والنهر الفائق: (٥٤٨/٣).
(٢) ينظر: الجوهرة النيرة: (٣١١/١)، والبحر الرائق: (٢٢٨/٦).
(٣) ينظر: البحر الرائق: (٢٣٠/٦)، والنهر الفائق: (٥٥٠/٣).
(٤) ينظر: العناية: (١٧٥/٧)، والبحر الرائق: (٢٣٠/٦).

لقوله ـ ﷺ ـ: «من ترك مالاً أو حقاً؛ فلورثته»[١].

(وَيبرأ)؛ أي: الكفيل بالنفس (إِذا سَلَّمه حَيْثُ)؛ أي: في مكان (تُمْكِنُ مخاصمته) من كفل به في ذلك المكان كالمصر؛ لأَنَّهُ أتى بما التزمه وحصل المقصود به؛ لأنَّ المقصود بالكفالة بالنفس هو إمكان المحاكمة عند القاضي، وبتسليمه إياه داخل المصر يحصل ذلك الإمكان[٢].

(وإنْ) ـ وصلية ـ (لم يقل) الكفيل: (إِذا دَفعته إِلَيْك، فَأَنا بَرِيء)؛ لأَنَّ موجب التسليم البراءة، فتثبت بدون التنصيص عليه.

ولا يشترط قَبُول الطالب التسليم كما في قضاء الدين، (و) يبرأ (بتسليم وَكيل الْكَفِيل أَو رَسُوله) بشرط أن يقول: سلمت إليك بحكم الكفالة، فيقوم كل منهما مقام الكفيل، فصار كأنه سلمه بنفسه[٣]، (و)كذلك يبرأ (بتسليم الْمَكْفُول بِهِ نَفسه) إلى المكفول له (من كفَالَته) متعلق بقوله: (ويبرأ)، والضمير فيه إما للكفيل، وهو أقرب لفظاً، وأبعد معنى، وإما للمكفول له، وهو بالعكس هذا إذا قال: دفعت نفسي من كفالة فلان؛ لأَنَّ تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين:

● من جهة نفسه.

● ومن جهة الكفيل، فما لم يصرح بقوله: من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل[٤]، فلا يبرأ على ما في المبسوط وقاضي خان، فإطلاق المصنِّف فيه ما فيه، (فَإِن شَرط) مع الكفيل (تَسْلِيمه فِي مجْلِس القَاضِي فسلمه فِي السُّوق قَالُوا)؛ أي: قال قدماء المشايخ: (يبرأ)؛

---

(١) رواه البخاري (٩٨/٣)، برقم ٢٢٩٨، باب: من انتظر حتى تدفن، بلفظ: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً؛ فعلي قضاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته».

(٢) ينظر: العناية: (١٦٩/٧)، والنهر الفائق: (٥٥٠/٣).

(٣) ينظر: العناية: (١٦٩/٧)، والنهر الفائق: (٥٤٨/٣).

(٤) ينظر: العناية: (١٧٢/٧).

إذ الفرض هو التسليم على وجه يقدر الطالب على استيفاء حقه، فالشرط لغو[(١)].

(وَالْمُخْتَار) للفتوى (فِي زَمَانِنَا: أَنَّه لَا يبرأ) بالتسليم في غير ذلك المجلس؛ لأَنَّهُ لا يعاونهُ أحدٌ على إحضاره مجلس القاضي، (وَإِن سلمه فِي مصر آخر)؛ أي: غير المصر الذي كفل فيه (لَا يبرأ عِنْدهمَا)؛ لأنَّه قد يكون شهوده هناك، فلا يتمكن من استيفاء حقه، (وَيبرأ عِنْد الإِمَام) الأعظم؛ إذ المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من إحضاره مجلس الحاكم، وقد وجد، [والظاهر أن المصنِّف اختار قولهما حيث قدمه بناءً على ما اصطلحه في الديباجة][(٢)].

(وَإِن سلمه فِي بَرِّيَّة)، هي: ـ بالتشديدين ـ الصحراء[(٣)]، (أَو فِي السوَاد)؛ يعني: فناء البلدة؛ (لَا يبرأ) هذا إذا لم يكن فيهما حاكم؛ لعدم قدرته على خصومته، (وَكَذَا)[(٤)]؛ أي: لا يبرأ (إِن سلمه فِي السجْن وَ) الحال (قد حَبسه غير الطَّالِب)؛ [لأنَّ الطالب لا يقدر على المحاكمة معه في السجن، ولا على إخراجه؛ لأنه في يد من حبسه، فبم يكن التسليم فيه مقيداً؟!، وفي المحيط: هذا إذا كان السجن سجن قاض آخر في بلد آخر، أما لو كان سجن هذا القاضي؛ يبرأ، وإن كان قد حبسه غير الطالب][(٥)]؛ فإطلاق المصنِّف لا يخلو عن المسامحة[(٦)].

(فَإِن كفل بِنَفسِهِ) رَجل (على أَنَّه)؛ أي: ذلك الكفيل (إِن لم يُوافِ بِهِ غَداً) [من قولهم: وافاه فلان: إذا أتاه، وعُدِّيَ بالباء إلى مفعول آخر][(٧)]؛

---

(١) ينظر: المبسوط: (١٦٥/١٩).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: المصباح المنير: (٤٣/١).
(٤) ينظر: مختصر القدوري: ص١١٨، والهداية: (٨٨/٣).
(٥) سقط من: (أ).
(٦) ينظر: المحيط البرهاني: (٣٩٤/٨)، وفتح القدير: (١٣٦/١٦)، والبناية: (٤٢٦/٨).
(٧) سقط من: (ب).

أي: إن لم يأتِ الطالب بالمكفول عنه؛ (فَهُوَ)؛ أي: الكفيل (ضَامِن لما عَلَيْهِ) من المال، (فَلم يُوافِ بِهِ غَداً؛ لزمَه مَا عَلَيْهِ)؛ لأنَّه علَّق الكفالة بالمال بعدم الموافاة[1]، وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس إياه، وإن كان القياس يأباه، وبالتعامل يُترك القياس في البيع، فلأن يترك هنا أولى؛ لأنَّ بابها أوسع؛ لأنَّها من التبرعات.

(وإنْ) ـ وصلية ـ (مَاتَ) المكفول عنه قبل مضي الغد، والظاهر أن ذكره لتوضيح، وإلا فقوله: (فلم يوافِ به غداً) يلزمه ما عليه، يُغني عن هذا القيد، (وَلَا يبرأ من كَفَالَة النفس) لعدم سبب البرأة، قوله: (ولا يبرأ)، عطف على جملة (لزمه ما عليه) لا على قوله: (وإن مات)، ومن ادّعى على آخر مئَة دِينَار بَيّنهَا أو لم يبيّنها) بأنَّها جيدة، أو رديئة، أو اشتر فيه، أو فرنجية لتصح الدعوى، فكفل بنفسه (رَجلاً على أنَّه إنْ لم يُوافِ به غَداً فَعَلَيهِ الْمِئَة، فَلم يُوافِ بِهِ غَداً؛ لزمَه الْمِئَة خلافاً لمُحَمد)؛ إذ لم تصح الدعوى بلا بيان، فلم يجب إحضار النفس؛ لعدم صحة الكفالة بها، فلم تصح الكفالة بالمال لابتنائها عليها[2].

ولهما: إن هذه كفالة بالمال المدعى به حيث ذكرت المئة معرَّفة بلام العهد، والمعهود: هو المال الذي يدعيه الطالب، فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق بأصل الدعوى، فظهر صحة الكفالة الأولى، فترتب عليه الثانية[3].

(وَلَا يجْبر على إعْطَاء كَفِيل بِالنَّفسِ فِي حد وقصاص) أطلق الحد، والمراد به: حد القذف[4]؛ إذ الخلاف إنَّما هو فيه؛ لكونه [مشتمل][5]

(١) ينظر: المبسوط: (١٨٧/١٩)، والبحر الرائق: (٢٢٩/٦) ودرر الحكام: (٢٩٧/٢).
(٢) ينظر: درر الحكام: (٢٩٨/٢)، ولسان الحكام: ص٢٥٨.
(٣) ينظر: العناية: (١٧٤/٧)، ودرر الحكام: (٢٩٨/٢).
(٤) القذف: هو نسبة من أحصنَ إلى الزنا صريحاً أو دلالة. ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٦٨/٧.
(٥) سقط من: (ب).

على حق العبد، والقصاص خالص حق العبد بخلاف حد الشرب، ونحوه مما هو خالص حق الله تعالى، فإنّها لا تصح فيها الكفالة بوجه؛ لأنَّها للتوثق، وحق الله تعالى لا حاجة فيه إلى التوثق.

صورة المسألة: [إذا قال مدعي القصاص، أو حد القذف عند القاضي: لي بينة حاضرة في المصر، فطلب من القاضي أن يأخذ له كفيل بنفس المدعى عليه حتى يحضر بينة؛ فالقاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل [أ/٢٧٠] عنده][1]، وإنَّما عبر بالجبر احترازاً عما كان بطيبة النفس، فإنَّه جائز بالاتفاق[2].

كما قال المصنِّف: (فَإِن سمحت بِهِ نَفسه صَحَّ)؛ يعني: إن أعطى المطلوب كفيل بنفسه طوعاً من غير إجبار؛ جاز بالاتفاق لإمكان ترتيب موجب الكفالة عليهما؛ إذ تسليم النفس في الحد والقصاص واجب، فيطالب به الكفيل، (وَقَالا: يُجْبر) المطلوب على إعطاء الكفيل (فِي الْقصاص)؛ لأنَّه خالص حق العبد، وهو محتاج إلى التوثق، (وحد الْقَذْف)؛ لأنَّه مشتمل عليه، فصحت الكفالة فيهما بالنظر إلى حق العبد، كما في سائر حقوقه[3].

ولأبي حنيفة: قوله ـ ﷺ ـ: «لا كفالة في حد»[4]، أطلق الحد من غير فصل بين حدٍّ وحد، فدخل تحته جميع الحدود، (فَإِن شهد عَلَيْهِ)؛ أي: المطلوب (مستوران)؛ أي: غير معلوم فسادهما (فِي) كفالة (حد أَو)، كفالة (قَودٍ؛ حُبِسَ)؛ أي: لو لم يوجد الكفيل إلى أن يعدل الشاهدان يودع المشهود عليه في الحبس عند أبي حنيفة.

(وَكَذَا إِن شهد عدل وَاحِد) حبس عنده، فإذا تمت البينة، أو عدل

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: لسان الحكام: ص٢٥٨، والنهر الفائق: (٥٥٣/٣).

(٣) ينظر: الهداية: (٨٩/٣)، ولسان الحكام: ص ٢٥٨.

(٤) رواه البيهقي، السنن الكبرى: (٧٧/٦)، برقم ١١١٩٩، باب: ما جاء في الكفالة ببدن، وفيه عمر الدمشقي، وهو منكر الحديث.

الشاهدان أقيم الحد؛ لأنَّ هذا الحبس للتهمة، وهي تثبت بأحد شطري الشهادة، إما العدد، وإما العدالة، بخلاف الحبس في باب الأموال؛ لأنَّه أقصى عقوبة فيه، فلا يثبت إلا بحجة كافية، (**خلافاً لَهما فِي رِوَايَة**)، فإنَّه لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد، لحصول الاستيثاق بالكفالة[١].

(**وَصَحَّ الرَّهْن وَالْكَفَالَة بالخراج**)؛ لأنَّه دَين يطالب به ممكن الاستيفاء، فتمكن موجب العقد عليه فيهما، والأنسب أن يورد هذه المسألة في القسم الثاني؛ أعني: الكفالة بالمال، [ولما فَرَغَ من الكفالة بالنَّفس؛ شرع في الكفالة بالمال، فقال][٢]: (**وَالْكَفَالَة بِالْمَالِ صَحِيحَة وَلَو مَجْهُولا**) (**[إِذا كَانَ دَيناً صَحِيحاً]**)[٣]؛ أي: سواء كان المال المكفول به معلوماً، أو مجهولاً؛ لأنَّ مبناها على التوسعة [فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة إذا كان دَيناً صحيحاً، وهو الذي لا يسقط][٤] عن المديون، إلا بالأداء، أو الإبراء عنه قيد به احترازاً عن بدل الكتابة؛ لأنَّه يسقط بدونهما، وهو عجز المكاتب عن بدل الكتابة، فلا تجوز الكفالة[٥].

[والمراد من الإبراء: ما يعم الحكمي، وهو أن يفعل فعلاً يلزمه سقوط الدَّين، فلا يرد النقض بدين المهر؛ لأنَّ سقوطه بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الإبراء بالمعنى المذكور][٦] (**تكفلت عَنهُ بِأَلف**) مثلاً، وأما إذا كان مجهولاً، فتصح بقوله: تكفلت بالدَّين الذي لك عليه، (**أَو**) تكفلت (**بِمَا لَك عَلَيْهِ أَو بِمَا يدركك**)؛ أي: يلحقك (**فِي هَذَا البيع**) من غرامة الثمن، وهذا يُسمَّى ضمان الدرك، وهو ضمان الاستحقاق، وهو أن يقول للمشتري رَجل: أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع، والأول مثال للمعلوم،

---

(١) ينظر: العناية: (١٧٩/٧)، والبحر الرائق: (٢٣٤/٦).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) ينظر: العناية: (١٨٠/٧)، وتبيين الحقائق: (١٦١/٤).
(٦) سقط من: (ب).

والباقي للمجهول، (وكذا)؛ أي: تصح الكفالة بالمال (لو عقلها بِشَرْط ملائم)؛ أي: مناسب لها(١).

[اعلم أن الكفالة يجوز تعليقها بالشرط، ثم ذلك الشرط إمّا أنْ يكون ملائماً أو لا، والثاني إمّا أن يجعل أجلاً أو لا، فهذا الأخير لا يجوز التعليق به، ولا تصح الكفالة معه.

● والثاني تصح الكفالة معه، ويلغو الشرط؛ لأنَّ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، علم ذلك في محله.

● والأول هو الذي ثبت، وتَصِحُّ الكفالة معه.

وقد مثل المصنِّف بقوله](٢): (كَشَرط وجوب الْحق)(٣)، والأصل فيه قوله تعالى في قصة يوسف ـ ﷺ ـ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]، وصورة شرط وجوب الحق (نَحْو) أن يقول الكفيل لمن يريد أن يبيع، أو يشتري من فلان: (مَا بَايَعت فلَاناً) فعلى ثمنه، فإن كان المخاطب بائعاً يكون قد كفل له بثمن مبيعه، وإن كان مشترياً يكون قد ضمن له درك ما اشتراه، بحيث لو استحق يكون ضامناً له ما أعطى البائع بدلاً عنه، (أَو) نحو أن يقول: (مَا غصبك) فلان، (أَو مَا ذاب لَك عَلَيْهِ)، [في الصحاح](٤): ذاب عليه من الحق: وجب وثبت(٥).

[وكلمة (ما) في قوله: (ما بايعت)، ومعطوف فيه شرطية؛ أي: إن بايعت فلاناً، أو إن غصبك فلان، أو إن ذاب لك عليه، فإني ضامن، فيكون في معنى التعليق](٦)، (أَو إِن اسْتحق الْمَبِيع فعلي)؛ أي: أنا ضامن لبدله، فكل واحد من هذه العبارات شرط لوجوب الحق ملائم الكفالة؛

---

(١) ينظر: العناية: (٧ /٢٢٦)، والنهر الفائق: (٣/٥٧٣).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: العناية: (/١٨٣)، والنهر الفائق: (٣/٥٥٩).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: الصحاح: (٢/٤٤٦).
(٦) سقط من: (ب).

لدلالته على ثبوت الحق، فتصح الكفالة به، **(وكشرط إِمْكَان الاستيفاء)**؛ أي: استيفاء[١] من المكفول عنه **(نَحْو: إِنْ قدم زيد)** فعليَّ ما في ذمته، أو ما يلزمه الحق، **(وَ)**ذلك إذا كان زيد **(هُوَ الْمَكْفُول عَنهُ)** أما إذا كان غيره فهو باطل، كما لو قال: إذا هبت الريح، **(وكشرط تعذر الاستيفاء)** من المكفول عنه، فيكون الكفيل متبرعاً بإيفاء الحق عنه، **(نَحْو)** أن يقول: **(إِن غَابَ)** زيد **(عَن الْبَلَد)** فعليَّ ما عليه، **(وَإِن علقهَا)**؛ أي: تلك الكفالة **(بِمُجَرَّد الشَّرْط)**؛ أي: الشرط المجرد عن الملائمة بها، **(كهبوب الرّيح ومجيء الْمَطَر بَطل)** اعتباره، ولا تصح الكفالة معه، وهو مثال للقسم الأخير[٢].

(وَكَذَا إِنْ جعل أَحدهمَا)؛ أي: أحد المذكورين من هبوب الريح، ومجيء المطر أجلاً، فإذا جعل أحد هذين شرطاً للكفالة، [بأن قال: كفلت بكذا إلى أن يمطر السماء، وتهب الريح][٣]؛ **(فَتَصِح الْكفَالَة، وَيجب المَال حَالاً)**؛ لأن الكفالة لَما صَحَّ تعليقها بالشرط؛ لم تبطل بالشرط الفاسد، **(وللطالب مُطَالبَة أَيِّ شَاءَ من كفيله وأصيله)** الضمير المجرور يعود إلى الطالب ظاهراً، وهو الأقرب[٤]، أو إلى [الدَّين][٥] المفهوم من فحوى الكلام، وهو الأنسب؛ أي: المكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه أحال المال، وإن شاء طالب الكفيل به؛ لأنَّه لما كانت الكفالة ضَمُّ ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة لزم أَنْ تكون الذمة الأصلية قائمة لا أنَّه يلزم برأتها، اللهم **(إِلَّا إِذا شَرط بَرَاءَة الْأَصِيل)**، فإن شرط ذلك؛ **(فَتكون)** الكفالة حينئذ **(حَوَالَة)**؛ لأنَّ الاعتبار للمعنى دون اللفظ، فيبرأ المديون **(كَمَا أَنَّ الْحَوَالَة بِشَرْط عدم بَرَاءَة الْمُحِيل)** تكون **(كَفَالَة)**؛

---

(١) في (ب): (الحق).
(٢) ينظر العناية: (١٧٣/٧)، والبحر الرائق: (٢٤١/٦).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: المبسوط: (١٧٣/١٩)، والبحر الرائق: (٢٤١/٦).
(٥) سقط من: (أ).

لأنَّ العبرة للمعاني لا للألفاظ، والمباني (وَلَو طَالب أَحدهمَا لَهُ مُطَالبَة الآخر)، وله أن يطالبهما معاً؛ لأنَّ ذلك مقتضى الضم[١].

(فَإِن كفل) بأن قال: كفلت (بِمَا لَهُ) من الحقوق من غير تقدير واجب (عَلَيْهِ، فبرهن) المكفول له (على ألف)؛ أي: أقام البينة على أنَّ له على المكفول عنه ألف (لزمَه)؛ أي: لزم الكفيل ذلك الألف؛ لأنَّ الثابت بالبينة، كالثابت عياناً، فيتحقق ما عليه، فصح التزامه بطريق الكفالة، (وَإِن لم يبرهن) المكفول له على الوجه المذكور، بل ادعى أن له على المكفول عنه كذا لا يلزم الكفيل ذلك، وإن صدقه المكفول عنه، بل (صدق الْكَفِيل فِيمَا أقرّ بِهِ) - (ما) موصولة، والضمير في (به) راجع إلى (ما) - (مَعَ يَمِينه)؛ لأنَّه منكر للزيادة، فيحلف بأنَّه لا يعلم أن أكثر من هذا واجب على الأصل، (و) صدق (الأصيل)؛ يعني: المكفول عنه، (فِي إِقْرَاره بِأَكْثَرَ) مما اعترف الكفيل (على نَفسه خَاصَّة[٢]).

ولا يلزم الكفيل من ذلك إلا ما اعترف به؛ وذلك لأنَّ الأصيل [٢٧١/أ] أقرَّ على غيره؛ أعني: الكفيل، ولا ولاية له عليه حتى يلزم ما أقرَّ به، ويصدق في إقراره على نفسه؛ لأنَّهُ له ولاية عليها، (فإنْ كفل بِلَا أمره)؛ أي: من غير أن يأمره بأن يكفل عنه سواء كان غائباً أو حاضراً (لَا يرجع عَلَيْهِ بِمَا أَدّى عَنهُ)؛ أي: لو أخذ رَبُّ الدَّين من الكفيل الذي لم يأمره المديون بأنْ يكفل عنه دَينه كله، أو بعضه؛ لم يرجع على المديون بذلك المؤدىٰ، أمّا جواز الكفالة بغير أمر المديون؛ فلأنَّه تصرّف منه في حق نفسه، فينفذ، والطالب ينتفع به، والمطلوب لا يتضرر به[٣].

وأمّا عدم رجوعه على المديون؛ فلكونه متبرعاً، والمتبرع لا يرجع بما يؤدي، (وَإِن) - وصلية - (أجازها الْمَكْفُول عَنهُ)؛ يعني: لا يرجع على المديون، (وَإِن كفل بأَمْره)؛ أي: المديون (رَجَعَ)؛ أي: الكفيل عليه بما

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (٤٥٠/١١)، ودرر الحكام: (٣٠٢/٢).

(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٥١، والعناية: (١٨٦/٧ - ١٨٧).

(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٥١، وتبيين الحقائق: (١٥٦/٤).

أدى؛ لأنَّه قضى عنه دَيناً لازماً بأمره، فيرجع عليه بما أدى كُلّاً، أو بعضاً، (وَلَكِن يرجع على العَبْد بعد عتقه، فَلَا رُجُوع على الصَّبِي مُطلقاً وَلَا يُطَالِبهُ قبل الْأَدَاء)؛ أي: ليس للمكفول أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه؛ لأنَّه لا يكون متملكاً بما في ذمة الأصيل قبل الأداء، فلا يرجع بخلاف الوكيل بالشراء، فإن له أن يرجع بالثمن على الموكل قبل أداء الثمن إلى البائع، [كأنَّه ينعقد بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية بنفس الشراء، حتى كان له ولاية الحبس، (فَإِن لوزم) الكفيل عطف على جواز الشرط؛ أعني: رجع، فله][1] (ملازمته)؛ أي: إن لازم الطالب، أو وكيل الكفيل، وطلب منه المال فيه أن يلازمه المكفول عنه، ويطلب منه أن يخلصه حيث كان سبباً لوقوعه في ذلك الطلب، فله أن يسعى في خلاص نفسه[2].

(وَإِن حبس) الكفيل لأجل ذلك، (فَلَهُ حَبسه)؛ لأنَّه إنَّمَا لحقه ذلك من جهته، فله أن يعامله بمثل ما عومل؛ ليخلصه، (وَيبرأ الْكَفِيل بأَدَاء الْأَصِيل)؛ أي: المديون لسقوط الدَّين، [وهذا ظاهر على أصل من قال: إن الدَّين واحد، وكذا على أصل من قال: إنه متعدد؛ لأَنَّ تعدده حكمي حتى يسقط بأداء واحد][3]، (وَإِن أَبْرَأَ الطَّالِب الْأَصِيل أَو أَخَّرَ عَنهُ) الطلب إلى أجل مُسَمَّى؛ (برىء الْكَفِيل وَتَأَخّر عَنهُ) الطلب إلى ذلك الأجل؛ لأَنَّ ذمتيهما متلازمان في المطالبة وفي سقوطها، والتأخير إبراء مؤقت، فيُعتبر بالمؤبد، (وَإِن أَبْرَأَ) الطالب (الْكَفِيل) عن الدَّين، (أَو أَخَّرَ) الطالب المطالبة (عَنهُ)؛ أي: عن الكفيل (لَا يبرأ الْأَصِيل، وَلَا يتَأَخّر عَنهُ)؛ لأَنَّ الثابت على الكفيل المطالبة، وهي فرع الدَّين، وسقوط الفرع لا يوجب سقوط الأصل، ولا يلزم جعل التبع أصل، والأصل تبعاً[4].

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: الهداية: (٩١/٣)، والعناية: (١٩١/٧ - ١٩٢).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: البناية: (٤٤٤/٨)، والنهر الفائق: (٥٥٨/٣).

(فَإِن كفل بِالدَّينِ الْحَال مُؤَجّلاً إِلَى وَقت يتأجل عَن الْأَصِيل أَيْضاً)، فإن قيل: بالفرق بين هذا وبين ما تقدم من أنه بالتأخير عن الكفيل لا يتأخر عن الأصيل، وههنا يتأخر.

قلنا ههنا: يصير التأخير وصفاً للدَّين حيث كان المكفول به دَيناً متأخراً، فصار الأجل داخل فيه بخلاف ما تقدم، فإنَّ التأخير إنَّما لحقه بعد الثبوت، والحاصل: أنَّ ما ثبت إبتداء في ذمة الكفيل ههنا إنَّما هو مطالبة بدَين مؤجل، فيسري ذلك الوصف إلى ما في ذمة الأصيل، وفيما تقدم إنَّما كان في الذمتين طلب بدَين حال، وسقط عن الكفيل مؤقتاً، فلا يسقط عن الأصيل، فليتأمل، فإنَّه بحث دقيق[1].

(وَلَو صَالح الْكَفِيل) الطالب (عَن ألف على مئَة برئا)؛ أي: الأصيل والكفيل معاً؛ لأنَّه أضاف الصلح إلى الألف الدَّين، وهي على الأصيل، فيبرأ عن تسعمئة، وبراءته توجِب براءة الكفيل، (وَرجع) الكفيل على الأصيل (بهَا)؛ أي: بالمئة (فَقَط)؛ إذ الصلح إسقاط لا مبادلة[2].

وألا يؤدي إلى الربا (إِن كفل بِأَمْره)، وإن كانت بغير أمره لا، وقد مرَّ هذا إن صالح عن الدّين بمثل جنسه، (وَإِن صَالح) الكفيل (عَن الْألف بِجِنْس آخر) كما إذا صالح عن الدراهم بدنانير، أو بعروض، [ونحوها رجع بالألف على الأصيل؛ لأنَّ الصلح حينئذ اعتبر مبادلة، فيملك إتمام ما في ذمة الأصيل، فيرجع بكله عليه.

(وَإِن صَالح) الكفيل معه (عَن مُوجب الْكفَالَة)، وهو مطالبة الكفيل (برِىء هُوَ) فقط (دون الْأَصِيل)؛ يعني: لو صالح الكفيل عن الألف على مئة درهم على أنَّه بريء من الباقية يبرأ الكفيل دون الأصيل؛ إذ الصلح إنّما هو عن مطالبة الكفيل، فلا يوجب براءة الأصيل، فالطالب بالخيار إن شاء أخذ جميع دَينه من الأصيل، وإن شاء أخذ من الكفيل مئة، ومن

(١) ينظر: فتح القدير: (١٦٣/٧)، والبناية: (٤٤٥/٨).

(٢) ينظر: العناية: (١٩٤/٧)، والبناية: (٤٤٦/٨).

الأصيل تسعمئة، ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى(١).

(**وَإِن قَالَ الطَّالِب الْكَفِيل بِالْأَمر: بَرِئت**) حال كونك مؤدياً (**إِلَيَّ من المَال**) الذي كفلت عنه؛ فلا (**رَجَعَ**) الكفيل بذلك المال (**على أصيله**)؛ لأنَّ الكفالة كانت بأمره، والطالب بقوله للكفيل: برئت من المال؛ قد أقرَّ بأنَّه استوفاه منه، فصار الكفيل مؤدياً للمال حكماً، فيرجع به على المكفول عنه، كما لو أدى ظاهراً؛ لأن إقرار الطالب يدل على ذلك؛ إذ البراءة التي ابتداؤها من الكفيل، وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء منه، فصار كأن الطالب قال للكفيل: قد أديت المال إليّ وبرئت منه(٢).

(**وَكَذَا**)؛ أي: يرجع الكفيل على أصيله (**فِي**) قول الطالب للكفيل: (**بَرِئت**) فقط من غير أن يقول: إلي، ومن غير أن يقول: من المال (**عِنْد أبي يُوسُف**)؛ لأنَّ هذه العبارة مثل قوله: برئت إلي من المال؛ لأنَّه أقرَّ ببراءة ابتدائها من المطلوب، وهي إنّما تكون بالإيفاء؛ لأنَّه هو الذي يملكه (**خلافاً لمُحَمد**)، فإن عنده: لا يرجع الكفيل على أصيله؛ لأنَّ قوله: (**برئت**) من غير أن يقول إلي، ومن غير أن يقول: (**من المال**) يحتمل أن يكون بالأداء، ويحتمل أن يكون بالإبراء، فيثبت الأدنى؛ أعني: الإبراء؛ لأنَّه بغير بدل لا الإيفاء(٣).

والذي هو أقوى لكونه بالبدل، ولا يرجع الكفيل بالشك؛ لأنَّ رجوعه مبني على أدائه، وليس في العبارة ما يدُّل عليه، (**وَفِي: أَبْرَأتك لَا يرجع**)؛ أي: لو قال الطالب: للكفيل: أبرأتك؛ لا يرجع الكفيل على المديون بالمال؛ لأنَّ ذلك على الأداء، ورجوع الكفيل على المديون إنَّما هو لسبب الأداء، وإذا لم يثبت هو لا يثبت موجبه، وهو الذي ذكرناه إذا

---

(١) ينظر: البناية: (٤٤٦/٨)، ودرر الحكام: (٣٠٣/٢).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (١٥٧/٤)، والبناية: (٤٤٦/٨).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (١٥٧/٤)، والبناية: (٤٤٧/٨).

لم يكن الطالب حاضراً، (**وَإِن كَانَ الطَّالِب حَاضراً يرجع إِلَيْهِ فِي الْبَيَان**) لصدور الإجمال عنه (**فِي الْكل**)؛ أي: في المسائل الثلاثة[١]، (**وَلَا يَصح تَعْلِيق الْبَرَاءَة عَن الْكفَالَة بِالشّرطِ**) حتى لو قال المكفول له للكفيل: إذا قدم فلان فأنتَ بريءٌ مِن الكفالة، فقدم؛ لا يبرأ الكفيل عن الكفالة؛ لأنَّ البراءة تمليك من وجه من أنَّه [أ/٢٧٢] يرتد بالرد، وإسقاط من وجه، من حيث إنَّه لا يتوقَّف على القَبُول.

والتعليق بالشرط جائز في إسقاط محض لا في إسقاط تمليك من وجه (**كَسَائِر البراءات**)، فإنها مشتملة على التمليك معنى، والتمليك لا يجوز تعليقه بشرط.

ويروى: أنه يصح، لكن قال المصنِّف: (**وَالْمُخْتَار: الصِّحَّة، وَلَا تجوز الْكفَالَة بِمَا تعذر اسْتِيفَاؤُهُ**)؛ أي: كلّ حقّ لا يمكن أخذه (**من الْكَفِيل كالحدود**)؛ أي: حد القذف، والزنى، والسرقة، (**وَالْقصاص**)؛ لأنَّ الفرض[٢] من وضعها الامتناع عن المعاصي، وذا يتحقق إذا أقيمت على الجاني والعاصي، أمّا الكفالة بنفس الذي وجب عليه الحد، أو القصاص فهي جائزة؛ لأنَّها كفالة بالنفس، وهي جائزة بالاتفاق[٣].

(**وَلَا**) تجوز الكفالة (**بالأعيان الْمَضْمُونَة بغَيْرهَا**)؛ لأنَّ الكفالة التزام ما في ذمة الأصيل بعينه، وكونه مضموناً بغيره ينافي ذلك][٤].

ثم إنه مثل للمضمون بغيره بقوله: (**كَالْبيع**)، فلو كفل للمشتري عن

---

(١) ينظر: العناية: (١٩٦/٧).

(٢) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: (٢/ ٣٠٣)، ودرر الحكام للملا خسرو: (٦/١)، والتعريفات، للجرجاني: (ص: ١٦٥)، وعلم أصول الفقه: (ص: ١١٥) في معنى الفرض، وخليج البحار: ص١٤٦.

(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص١١٩، والمبسوط: (١٦٩/١٩).

(٤) سقط من: (ب).

البائع بالبيع، بمعنى: أنه لو هلك في يد البائع [قبل التسليم؛ فعليه قيمته، أو مثله لا تصح؛ لأنَّه لو هلك المبيع في يد البائع][١]، فينفسخ البيع، ولا يبقى له حق المطالبة بالثمن، فلا يتحقق معنى الكفالة المبنية على المطالبة؛ إذ لا دين، فلا مطالبة، وأمَّا الكفالة به؛ بمعنى: تسليمه بعد دفع الثمن إلى البائع فَصَحِيحَة، لكن لو هلك لا يجب على الكفيل شيء،[٢] (والمرهون) بعد القبض، فإنْ كفل للراهن عن المرتهن؛ بمعنى: أنَّه لو هلك؛ فعليه بدله؛ أي: قيمته لا يصح؛ لأنَّه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء حتى تصح الكفالة به، بل إنَّما يسقط حق مطالبة الدّين من الراهن، (وَلَا) تجوز الكفالة أيضاً (بالأمانات)؛ لأنَّ الكفالة عقد يقتضي الضمان لما هو مضمون على المكفول عنه، وإذا لم يوجد الضمان في الأصل لم يوجد في البيع، ومثَّل لها بقوله: (كَالْوَدِيعَةِ والمستعار وَالْمُسْتَأْجر وَمَال الْمُضَاربَة وَالشَّرِكَة)، فإن كلّاً من هذه أمانة في يد من هي في يده غير مضمونة عليه، فلا يكون مضمونة على الكفيل[٣].

(وَلَا) تجوز الكفالة أيضاً (بدين غير صَحِيح)، والمراد بعدم الصحة أن لا يكون متعذراً، (كبدل الْكِتَابَة)؛ لأنَّه دَين على المكاتب، بحيث لو عجز يسقط عنه، ولا يمكن إثباته على الكفيل (حُرٌّ كفل بِهِ)؛ أي: بالدَّين (أَو عبدٍ) ذكره لدفع توهم من قال: إن كفالة العبد به ينبغي أن تصح؛ لأنَّه يجوز ثبوت مثل هذا الدَّين عليه؛ لأنَّ العبد محل الكتابة[٤].

(وَكَذَا بدل السّعَايَة[٥] عِنْد الإِمَام) أبي حنيفة؛ لأنَّ المستسعي كالمكاتب عنده، وأما عند أبي يوسف ومحمد، فهو كالحر المديون، فتصح الكفالة على أصلهما، ولم أجد هذه المسألة في الكتب التي نقل منها.

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (١٥٨/٤).
(٣) ينظر: درر الحكام: (٣٠٠/٢).
(٤) ينظر: المبسوط: (١٢٦/٢٠)، والنهر الفائق: (٥٥٥/٣).
(٥) الْمُسْتَسْعَى: مُعْتَقُ الْبَعْضِ يُسْتَسْعَى؛ أيْ: يُطْلَبُ مِنْهُ السِّعَايَةُ فِي قِيمَةِ مَا لَمْ يُعْتَقْ مِنْهُ. ينظر: طلبة الطلبة: ص٣٦٣.

(وَلَا) تجوز الكفالة أيضاً (بِالْحملِ على دَابَّة) مستأجرة (مُعينَة)؛ لأنَّها لو هلكت بعجز الكفيل عن الحمل عليها، ولو أعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة؛ لأنَّه أتى بغير المعقود عليه، (أَو) تكفل (بِخِدْمَة عبدٍ معِينٍ مُسْتَأْجرٍ للْخدمَةِ لعجز الكفيل عَن تَسْلِيم الْحمل على دَابَّةٍ مُعينَةٍ؛ لِأَنَّهَا ملكُ الْغَيْرِ، وَلَو حمل دَابَّة أُخْرَى لَا يسْتَحق الْأجر؛ إِذْ لَو حمل المؤجر على الدَّابَّة الْغَيْر الْمعينَة لَا يسْتَحق الْأجر، فَيثبت الْعَجز فِي هَذِه الصُّورَة بالضَّرُورَةِ، وَكَذَا العَبْد للْخدمَة) لها لا تجوز؛ لِمَا مرَّ في الدابة، (بِخِلَاف غير الْمعِين)؛ لأنَّ المكفول به حينئذ حمل شيء معين، أو خدمة معينة، وذلك ممكن على أيِّ دابة كانت وبيد؛ أي: عبد كان، فيحمله الكفيل على دابة نفسه، أو بخدمة عبد في مِلْكه، فيحصل موجب الكفالة[1]، (وَلَا) تجوز الكفالة أيضاً (عَن ميت مُفلس)؛ يعني: إذا مات المديون مفلساً، فكفل عنه رَجل للغرماء؛ لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة، (خلافاً لَهما) إن الدّين كان ثابتاً في حياته، فلا يسقط إلا بالإيفاء أو الإبراء، أو انفساخ سبب الوجوب، وبالموت لم يتحقق واحد منهما، ولهذا يؤاخذ به في الآخرة[2].

ولو تبرع بقضائه إنسان جاز، وله: أنَّه كفل بدَين ساقط؛ لأنَّه لما مات، ولم يترك مالاً ولا كفيل يسقط في حق أحكام الدنيا، فلا تصح الكفالة به، وإنّما صحَّ التبرع به بناءً على أنَّه باقٍ في حق صاحبه؛ لأنَّ سقوطه عن المديون للضرورة، فيتعذر بقَدْرها، فتظهر في حق من عليه دون من له، (وَلَا) تجوز الكفالة سواء كانت بالنفس، أو بالمال (بِلَا قَبُول الطَّالِب) الكفالة (فِي الْمجْلس)؛ أي: في مجلس عقد الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد، وفي عطفه تساهل[3].

(وَقَالَ أَبُو يُوسُف: تجوز مَعَ غيبته)؛ أي: مع غيبة الطالب مطلقاً في

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٥٣، والنهر الفائق: (٥٦٩/٣).
(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٥٣، والبحر الرائق: (٢٥٣/٦).
(٣) ينظر: البحر الرائق: (٢٢٣/٦)، والنهر الفائق: (٥٦٩/٣).

رواية، وفي أُخرى (إذا بلغه) الخبر، (فَأَجَاز)، وبه يُفتى؛ لأنَّ الكفالة التزام ليست إلزام، فيتم بالملتزم، كالإقرار، ولهما: إنّها تمليك المطالبة للطالب، والتمليك يقوم بشطرين، فكان كلام الواحد شطر العقد، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس، (فَإِن قَالَ الْمَرِيض) المديون (لوَارِثه: تكفل عني) حتى (بِمَا عليَّ) من الديون لغرمائي، (فكفل مَعَ غيبَة الْغُرَمَاء جَازَ) ذلك (اتِّفَاقاً) استحساناً، وإن كان القياس: أن لا يجوز؛ لأَنَّ الطالب غائب، فلا يتم الضمان إلا بقوله[1].

وجه الاستحسان: أن هذه وصية منه لوارثه بقضاء الدَّين؛ ولهذا تصح، وإنْ لمْ يسم المريض الدَّين والمكفول لهم؛ لأَنَّ الجهالة لا تمنع صِحَّة الوصية، ولهذا قالوا: «لا يصح إلا إذا ترك مالاً».

(وَلَو قَالَه لأَجْنَبِيّ اخْتلف فِيهِ الْمَشَايِخ)؛ أي: لو قال المريض لأجنبي: تكفل عني ما عليَّ، ففعل، قال بعض المشايخ: يصير كفيلاً، قال بعضهم: لا.

(وَتجوز) الكفالة (بالأعيان الْمَضْمُونَة بِنَفسِهَا)، قد كان الأَولى تقديم هذه المسألة بذكرنا مع مقابلها؛ أعني: الكفالة بالأعيان المضمونة بغير، كما فعل غيره من المشايخ، لكنه استنظر في بيان ما لا يجوز تتابعاً، ثم بين ما يجوز[2]، ولا يخفي وجهه، والمراد بالأعيان المضمونة بنفسها: ما تكون مضمونة بالقيمة من غير زيادة ولا نقصان، (كالمقبوض على سوم الشِّرَاء)، وهو ما بيَّن ثمنه، ولا ضمان فيما لم يُبَيِّن ثمنه.

(وَالْمَغْصُوب وَالْمَبِيع) بيعاً (فَاسِداً)، فإنَّ الكفالة بهذه الأشياء صحيحة يلزم الكفيل رد عينها حال بقائها، ودفع قيمتها بعد هلاكها، (وبتسليم الْمَبِيع إِلَى الْمُشْتَرِي، والمرهون إِلَى الرَّاهِن، والمستأجَر إِلَى الْمُسْتَأجر)؛ يعني: إذا كفل بتسليم أحد هذه إلى الطالب جازت الكفالة؛

---

(١) ينظر: مختصر القدوري: ص١١٩)، ودرر الحكام: (٢/٣٠١).
(٢) ينظر: البناية: (٨/٤٤٩)، والنهر الفائق: (٣/٥٨٣).

لأنَّ التسليم فعل واجب يجوز التزامه، والقيام به، وإن لم يجز كفالة نفس الشيء المسلم (وبالثمن)؛ أي: تجوز الكفالة بالثمن؛ لأنَّه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل، فصحت الكفالة، والحاصل: أن الكفالة بنفس هذه الأعيان لا تصح، وبتسليمها تصح(١).

❊ ❊ ❊

فصل

[عقده المصنِّف لبيان بعض مسائل من الكفالة بمنزلة مسائل شتى ومتفرقات، وهي في الحقيقة تتمات لما تقدم](٢).

(وَلَو دفع الْأَصِيل)؛ أي: المديون الذي أمر غيره بأن يكفل عنه (المَال) المكفول به عنه (إِلَى كفيله قبل دفع الْكَفِيل) ذلك المبلغ (إِلَى الطَّالِب)؛ أي: الدائن (لَا يسْتَردّهُ مِنْهُ)؛ أي: يسترد المطلوب ذلك المال من الكفيل إذا دفعه على سبيل الأداء، بخلاف ما إذا دفعه على وجه الرسالة؛ [أ/٢٧٣]؛ لأنَّه حينئذٍ أمانة في يده، (وَمَا ربح فِيهِ الْكَفِيل فَلهُ)؛ يعني: لو تخير في ذلك المبلغ، وحصل منه ربح، فذلك الربح للكفيل؛ لأنَّه حصل بكسب من ملكه، فلا يستحق المديون ولا الدائن، (وَلَا يتَصَدَّق بِهِ) الكفيل؛ لأنَّه ملكه حين قبضه، كما لو اتجر بمال الوديعة والغصب ونحوهما مما يوصف بالخيانة(٣).

(ورده)؛ أي: الربح (إِلَى الْمَطْلُوب أحب) من التصدق به، ومن إبقاه على مِلْك نفسه (إِنْ كَانَ) ذلك (الْمَدْفُوع شَيْئاً يتَعَيَّن) بالتعيين في العقد (كالبرِّ) من المكيلات، وكالسَّمْن من الموزونات؛ لأنَّ العقد يتعلَّق بعينه،

(١) ينظر: العناية: (١٩٨/٧)، والبناية: (٤٤٩/٨).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: الهداية: (٩٣/٣)، والنهر الفائق: (٥٧٤/٣).

فتثبت الشبهة فيه بخلاف ما إذا كان المدفوع مما لا يتعلق بالتعيين، كالدراهم والدنانير.

فإن الثابت هناك شبهة الشبهة، [والمعتبر][(١)] في الخبث إنّما هو الشبهة لا شبهتها (خلافاً لَهما)؛ لأنَّ عندهما يطيب للكفيل، فلا يرده على الأصيل، وهو رواية عنه، وعنه: أنه يتصدق به[(٢)].

(وَلَو أمر الْأَصِيل كفيله أنْ يعين عَلَيْهِ ثوباً) صورته: أن يقول الأصيل لكفيله: اشتر من الناس ثوباً بالنسيئة بأكثر من القيمة، ثم بعه من آخر بأقل من ذلك، فما ربحه البائع منك، وخسرته أنت فعليَّ، (فَفعل) الكفيل ذلك؛ يعني: اشترى ثوباً بالربح ليقض الدَّين؛ (فالثوب) يكون (للْكَفِيل)؛ لأنَّه لا يصير وكيلاً عنه بالشراء؛ لأنَّه لم يقل: تعين عليَّ؛ وهي كلمة ضمان، لا كلمة توكيل على أنَّ هذا التوكيل فاسِدٌ؛ لأنَّهُ لم يبين نوع ثوب ولا مقدار، (وَالرِّبْح) الذي حصل للبائع يكون (عَلَيْهِ)[(٣)] رمى على الكفيل؛ لأنَّ الشِّراءَ لَمَّا وقع للكفيل؛ كان الفضل على قيمة الثوب على الكفيل، (وَمن كفل لآخر بِمَا ذاب لَهُ على غَرِيمه، أَو بِمَا قضي لَهُ بِهِ عَلَيْهِ)؛ أي: قال الآخر: أنا كفيل، أو ضامن لما تقرر على فلان، أو بما حكم لك به عليه، فَغَاب) فلان (الْغَرِيم، فبرهن الطَّالِب) بعد غيبة (على الْكَفِيل بأنَّ لَهُ)؛ أي: للطالب (على الْغَرِيم ألفاً لَا يقبل وَلَو برهن) على الكفيل حتى يحظر الغائب، فيقضي عليه؛ لأنَّه كفل مالاً يجب في المستقبل بالقضاء، وهو لم يوجد لكونه غائباً؛ لأنَّهما وإن كانا ماضيين صيغة، لكن أُرِيدَ بِهِمَا المستقبل في العرف، كقوله: أطال الله بقاءك[(٤)].

وكذلك لو برهن رَجل على (أَن لَهُ على زيد) الغائب (ألفاً، وَهَذَا كفيله بِأَمْره قضي بِهِ)؛ أي: بالبرهان (عَلَيْهِمَا)؛ أي: على زيد وعلى من

---

(١) في (أ): (وهي أنزل الشبهة).
(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (١٦٢/٤)، والعناية: (٢٠٩/٧).
(٣) ينظر: البحر الرائق: (٢٥٨/٦)، والنهر الفائق: (٥٧٦/٣).
(٤) ينظر: البحر الرائق: (٢٥٧/٦)، والنهر الفائق: (٥٧٦/٣).

أحضره، وأقام عليه البينة[١] أنَّه كفله أما على الكفيل؛ فظاهر، وأما على الأصيل الغائب؛ فلأنَّ القضاء عليه ثبت ضمناً، وتبعاً لا قصداً.

وكم من شيءٍ لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً، فيرجع الكفيل على الأصيل، خلافاً لزفر؛ لأنَّه لما أنكر؛ كان زعمه أن هذا الحق غير ثابت، بل المدعي، فلم يكون له أن يظلم غيره.

قلنا: الشرع كذبه، فيبطل زعمه، **(وَلَو علا أمره)**؛ أي: الغائب؛ يعني: لو قال المدعي: وهذا كفيله فقط، من غير أن يقول: بأمره **(قضي على الْكَفِيل فَقَط)**؛ يعني: لا يقضي على الغائب؛ لأنَّ المدعي هنا مال مطلق، فأمكن إثباته، بخلاف ما تقدم[٢].

(وَضَمان الدَّرك للْمُشْتَرِي عِنْد البيع تَسْلِيم) بأن قال: إن استحق فأنا ضامن لك بردِّ الثمن، فقد سلم وأقر معنى بأن ذلك الكرم مِلْك البائع، وليس له فيه حق، فلو ادعى الكرم، **(فَتبْطل دَعْوَى الضَّامِن الْمَبِيع)** لنفسه أصالة، أو لغيره وكالة **(بعد ذَلِك)** كان التناقض، **(وَكَذَا)**؛ أي: تبطل دعواه **(لَو كتبت شَهَادَته)** بنفسه، أو أمر أن يكتب شهادته باللفظ، **(وَختم على صك)**؛ أي: إن **(كتب)** في صك هذا المبيع: أشهد أنَّ فلاناً باع فلاناً ما يملكه، وهو دار كذا المحدودة بكذا كتب **(فِيهِ)**؛ أي: الصك: أنَّ فلاناً **(بَاعَ مِلْكه، أَو)** باعَ **(بيعاً باتّاً)**؛ أي: تامّاً نافذاً، أو بيعاً صَحِيحاً شَرعيّاً، فإنّهُ يكون حينئذ إقْرارٌ بكون الدار مِلْكاً للبائع، فلا يصدق في دعواه أياماً بعد ذلك إلا بسببٍ جديدٍ[٣].

[قوله: (وختم) إشارة إلى عُرف زمانهم، فإن الرَّجل إذا كتب شهادته

---

(١) البيّنة: هو الشهود، وسُمّيت بذلك؛ لأنها تبين عن الحق وتوضحه، وهي قسم من أقسام الحجة في الشرع الثلاثة: البينة، والإقرار، والنكول، والبينة هي الأصل في الأقسام الثلاثة، وهي الحجة القوية. ينظر: بدائع: (٢٢٩/٦)، والبحر الرائق: (٢٠٦/٧)، نظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب: (٣٥٧/٢).

(٢) ينظر: البحر الرائق: (٢٥٨/٦)، والنهر الفائق: (٥٧٦/٣).

(٣) ينظر: درر الحكام: (٣٠٥/٢)، والنهر الفائق: (٥٧٨/٣).

في صك الشراء ختم في آخره حتى يكون ذلك علامة لكاتبه، ولم يبقَ ذلك العُرف في زماننا][1] (بِخِلَاف)؛ أي: دعوى شاهد (لَو كتبهَا)؛ أي: الشهادة في ذلك الصك (على إِقْرَار الْعَاقِدين)؛ أي: البائع والمشتري بأنْ كتب: أقرَّ فُلان أنَّه باعَ فُلاناً، وأقرَّ كذا، أو أقرَّ فلان بأنَّه اشترى مِنْ فُلان مِنْ غَيرِ أنْ يكتب أنَّها مِلْكُه؛ فإنَّه لا يكون تسليماً، بل تسمع بعده دعوى المِلْكية، أو ليس فيه ما يدلُّ على إقراره بالمِلْك للبائع؛ لأنَّ البيع قد يصدر من غير المالك[2].

[ويعد][3] كتب الشهادة ليحفظ الواقعة، بخلاف ما تقدم، فإنّه مُقيَّد بما ذكر، (وَضَمان الْوَكِيل بِالْبيعِ الثّمن للْمُوكل بَاطِل، وَكَذَا ضَمَان الْمضَارب الثّمن)؛ أي: ثمن متاعَ المضاربة (لربِّ المَال) ولهما ولاية المطالبة والقبض، فكل منهما يصير ضامناً لنفسه أيضاً جعلهما الشارع إلينا، فجعلتهما ضماناً خلاف الشرع، وذلِك مَردودٌ عقلاً ونقلاً، ولذلك اختار المصنِّف عبارة الباطل، حيث لم يقل غير جائز، ولا نحو ذلك من العبارات، (وَضَمان أحد الشَّرِيكَيْنِ) حصة شريكه من ثمن ما باع (صَفْقَة وَاحِدَة) باطل أيضاً؛ لأنَّ الصفقة لما كانت متحدة؛ يجب الثمن لهما مشتركاً بينهما، فلو صح ضمان أحدهما لصاحبه؛ يصير ضامناً لنفسه، وهو باطل؛ لأنَّه ما من جزء يؤديه إلا وهو مشترك بينهما[4].

(وَصَحَّ لَو بصفقتين)؛ أي: لو كان البيع صدر في العقدين، بأن باع كل منهما حصة على مدة، ثم ضمن الآخر بما لصاحبه حصة من الثمن صح الضمان؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما بمنزلة الأجنبي بالنسبة إلى حصة الآخر، (وَضَمان الدَّرك)، وهو فالعرف مستعمل في ضمان الاستحقاق، نحو أن يقول الكفيل للمشتري: أنا ضامن لما يدرك في هذا البيع؛ يعني:

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: درر الحكام: (٢/٣٠٥)، والبحر الرائق: (٦/٢٥٩).
(٣) في (ج): (ويعد) والمثبت هو الصواب كما في درر الحكام: ٢/٣٠٥.
(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/١٦٠)، والبحر الرائق: (٦/٢٥٤).

إن استحق أحد هذا المبيع، فأنا كفيل لك في استخلاص الثمن من البائع[(١)].

(وَالْخَرَاج)؛ لأنَّه دَين واجب يحبس به، ويمنع وجوب الزكاة، المراد بالخراج: الموظف، وهو الذي يجب في الذمة بأن يوظف الإمام كل سَنَة على مال معلوم لإخراج المقاسمة، كالربع، والثلث، فإنَّه ليس بواجب في الذمة [فلم يكنْ دَيناً][(٢)]، (وَالْقِسْمَة)؛ يعني: إن طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه، وامتنع صاحبه عن ذلك؛ فإنَّ القسمة واجبة عليه، فإذا ضمن إنسان ليقوم مقامه يجوز ذلك، وقيل: أراد بها أجرة القسام، وأيما كان؛ فالضمان لكل منهما (صَحِيح)[(٣)].

(وَكَذَا ضَمَان النوائب)، وهي جمع نائبة من نابه إنابه؛ يعني: أنها تصح الكفالة، كالدرك، والخراج، والقسمة (سَوَاء كَانَت) النوائب [أ/٢٧٤] (بِحَق ككري النَّهر)، وعمارة القناطير؛ يعني: إصلاح النهر المشترك، وتنظيفه من الطين والحجارة ونحو ذلك؛ ليجري الماء فيه بسهولة ويصل كل شرب حقه.

صورته: جماعة اختلفوا عند القاضي في كري النهر، وبعضهم امتنع عن الكري، فقضى القاضي على الذي امتنع، ثم كفل رَجل بذلك، أما قبل القضاء؛ فلا تجوز.

(وَأُجْرَة الحارس) الذي يحفظ الحوانيت ليلاً، وكفداء أسرى المسلمين، (أَو بِغَيْر حق كالجبايات) في زماننا نحو ما يجبى من الناس لتجهيز العساكر للقتال عند خلو بيت المال، فإذا كفل أحد بشيء من هذه المذكورات صحت الكفالة بها، ويلزم الكفيل التزامه منها[(٤)].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (١٦١/٤)، والبحر الرائق: (٢٥٤/٦).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) ينظر: البحر الرائق: (٢٦١/٦)، والنهر الفائق: (٥٧٨/٣).
(٤) ينظر: العناية: (٢٢٢/٧)، والنهر الفائق: (٥٧٨/٣).

[وقد صرح كثير من المشايخ: بأن من قام بتوزيع هذه النوائب بالعدل يكون مأجوراً، فما ظنك بمن كفل بها، والتزم بأدائها تيسراً على الناس][(١)].

(وَضَمان الْعهْدَة بَاطِل)، فلو اشترى شيئاً، وضمن له آخر بالعهدة، بأن قال أنا ضامن، أو كفيل بعهدة هذا أو نحو هذه العبارة لا يصح الضمان، ولا يلزم الكفيل شيء بذلك؛ لأنَّ هذا اللفظ اسم مشترك يقع على الصك القديم، والعقد، وحقوقه، والدرك، وخيار الشرط، فتعذر العمل بها قبل البيان، (وَكَذَا ضَمَان الْخَلَاص) باطِلٌ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الخلاص عنده: تخليص المبيع عن المستحق، وتسليمه إلى المشتري، وهذا باطِلٌ؛ لأنَّه غير قادر عليه، (خلافاً لَهما)؛ لأنَّ معناه عندهما: ضمان الثمن إن عجز عن [تسليم][(٢)] العين، فيكون كالدرك[(٣)].

(وَلَو قَالَ الْكَفِيل: ضمنته)؛ أي: الدَّين حال كونه مؤجلاً (إِلَى شهر وَقَالَ الطَّالِب: بل حَالاً؛ فَالْقَوْل للْكَفِيل)؛ لأنَّه أقرَّ بثبوت حق المطالبة بعد شهر، المقر له يدعي عليه المطالبة في الحال، وهو المنكر، فالقول قوله مع حلفه.

(وَفِي الْإِقْرَار) القول (للْمقر لَهُ)؛ أي: إذا أقرَّ بالدين المؤجل، فصدقه المقر له في الدَّين، وكذبه في الأجل حيث يكون القول فيه قول المقر له مع حلفه؛ لأنَّ المقر أقر بدين، ثم [ادعى][(٤)] حقاً لنفسه، وهو الأجل، فلا يُقْبل قوله بلا بينة.

(وَلَا يُؤْخَذ ضَامِن الدَّرك)؛ أي: لا يطلب المشتري من الكفيل الثمن (إِن اسْتحق الْمَبِيع مَا لم يقْض بِثمنِهِ على بَائِعه)؛ لأنَّه بمجرد الاستحقاق

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (١٦١/٤)، والبناية: (٤٧٣/٧).
(٤) سقط من: (أ).

لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية، أو يحتملان المستحق يجيز البيع، فلا يعود الثمن إلى مِلْك المشتري، وإذا لم يجب على الأصيل رد الثمن، فأولى أن لا يجب على الكفيل[١].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: البحر الرائق: (٢٦٢/٦)، والنهر الفائق: (٥٨٠/٣).

باب كفالة الرَّجلين أو العبدين

[جمعهما المصنِّف، وزفر، وصاحب الهداية[١]، كفالة الرَّجلين، ثم باب لكفالة العبد، والكفالة عنه باب على حدة، وهو الأولى؛ لأنَّ إضافة الكفالة إلى العبدين تُوهم الاختصاص، وهو ليس بلازم كما لا يخفى.

(دين عَلَيْهِمَا)؛ أي: دَين على رَجلين لرَجل من ثمن المتاع][٢] (كفل كل) من المديونين من صاحبه بما لزم من الدَّين، كما إذا اشتريا عبداً بألف، وكفل كل واحد منهما (عَن صَاحبه) بأمره، (فَمَا أَدَّاهُ أحدهمَا) إلى البائع من الثمن (لَا يرجع بِهِ على الآخر) بشيء منه ما دام المؤدي أقلّ من النصف؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِنهما أصيل في حق النصف، وكفيل في حق النصف الآخر، فيكون ما أدَّاه عمَّا هو عليه بطريق الأصالة، (إلّا إذا زَاد) المشتري (على النّصْف)، فإن ذلك الزائد يكون عما هو لازم له بطريق الكفالة، فله أن يرجع به على صاحبه[٣].

(وَلَو كفلا)؛ أي: رَجلان (بِمَال عَن رَجل وكفل كل مِنْهُمَا بِهِ)؛ أي: بذلك المال (عَن صَاحبه فَمَا أَدَّاهُ) أحدهما (رَجَعَ بِنصفِهِ)؛ أي: بنصف المؤدى (على شَرِيكه) في الكفالة، (أَو) رجع المؤدى (بكله على الْأَصِيل) المكفول عنه (لَو) كانت الكفالة (بِأَمْره)؛ أي: بأمْرِ الأصيل[٤]، والشرط:

---

(١) ينظر: الهداية: (٩٦/٣).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٥٦، والهداية: (٩٦/٣).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (١٦٨/٤)، والعناية: (٢٢٨/٧).

أن يكون كُلّ من الكفيلين كفل عن الأصيل بكل ما عليه، وعن الشريك بكل ما لزمه مطالبة، (وَلَو أَبْرَأَ الطَّالِب أَحدهمَا)؛ أي: أحد الكفيلين عن المطالبة فيما كفل رَجلان عن رَجل كل واحد منهما بكل المال، (فَلَهُ)؛ أي: الطالب (أَخذ) الكفيل (الآخر بكله)؛ أي: بكلِّ المال؛ لأنَّ إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فيبقى المال كلَّه على الأصيل، والآخر كفيل عنه بكله، فيطالبه به.

(وَلَو فسخت) الشركة (الْمُفَاوضَة) بين الشريكين، وعليهما ديون لزمتهما في الشركة، (فلربِّ الدَّين أَخذ من شَاءَ من شريكيها)؛ أي: شركي المفاوضة (بِكُل دَيْنِه)؛ لأنَّ شركة المفاوضة تتضمن الكفالة، (وَمَا أَدَّاهُ أَحدهمَا) من الدَّين (لَا يرجع بِهِ على الآخر) بشيء (مَا لم يزدْ بِهِ على النّصْف)؛ أي: نصف الدَّين[1]، أما إذا أدى زيادة عن النصف؛ فله أن يرجع بالزائد على المديون، (وَإِذا كُوتِبَ العبدان بِعقدٍ وَاحِدٍ)، بأن قال: كاتبتكما على ألفٍ إلى سَنَةٍ مثلاً، (وكفل كل) منهما (عَن صَاحبه، صَحَّ وَرجع كل مِنْهُمَا على الآخر بِنصْف مَا أدّى)، وهذا العقد يجوز استحساناً، والقياس: أن لا يجوز؛ لأنَّ فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكلٌّ واحدٍ بانفرادِه باطِلٌ، فعند الاجتماع أولى، فصار كما إذا كانت كتابتهما بعقدين، ووجه الاستحسان[2]: أن تصرف الإنسان يجب تصحيحه بقَدْر الإمكان، وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأنْ يجعل كل واحدٍ منهما أصيلاً بالنظرِ إلى وجوب المال عليه، ويكون كفيلاً أيضاً بالنظرِ إلى صاحِبه، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما[3].

ولو رجع بمال كل لا يتحقق المساواة، قيد بقوله: (بعقد واحد)؛ لأنَّه

(١) ينظر: الهداية: (٩٧/٣)، وتبيين الحقائق: (١٦٨/٤).
(٢) ينظر: خليج البحار: ص١٩٢.
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (١٦٨/٤)، والنهر الفائق: (٥٨٢/٣).

لو كاتبهما بعقدين، فالكفالة لا تصح قياساً واستحساناً؛ لأنَّه كفالة ببدل الكتابة، (وَإِن أعتق السَّيِّد أَحدهمَا قبل) الآخر (الْأَدَاء صَحَّ) إعتاقه؛ يعني: لو أن سيد العبدين المذكورين أعتق أحدهما قبل أن يؤديا شيئاً من بدل الكتابة، والمسألة بحالها صحَّ ذلك، وعتق العبد؛ لأنَّه صادف مِلْكه، وبرئ عن النصف من البدل المذكور، ويبقى النصف منه على الآخر الذي لم يعتق[1].

(وَله)؛ أي: للمولى (أَن يَأْخُذ حِصَّة) المكاتب (الآخر مِنْهُ) متعلق بقوله: (أن يأخذ)، والضمير راجع إلى المعتق المفهوم من أعتق (أَصَالَة) بنصب على التمييز؛ لأنَّه هو المديون حقيقة، (أَو من الْمُعْتق) بفتح التاء (كَفَالَة)؛ أي: له أن يأخذ تلك الحصة الباقية؛ أعني: النصف من الذي أعتق؛ لأنَّه هو الكفيل بذلك (وَيرجع الْمُعْتق فَقَط بِمَا أدّى على صَاحبه)؛ أي: لو أخذ المولى حصة الآخر من الذي [أ/٢٧٥] أعتقه كان لهذا أن يرجع بما أعطاه للمولى على ذلك الآخر؛ لأنَّه قضى عنه دَينه بأمره، فله أن يأخذ ذلك المقدار منه[2].

(وَلَو كَانَ على عبدٍ مَال لَا يجب عَلَيْهِ إِلّا بعد عتقه)، كما لو أقرَّ باستقراض مالاً، وأقرَّ باستهلاك شيءٍ مَضْمونٍ بالمثل، أو بالقيمة، وأنكر المولى ذلك، فإن العبد يؤاخذ بما أقر به، لكن لا يؤاخذ منه إلا بعد أن يعتق، (فكفل بِهِ)؛ أي: بالمال [الذي على العبد][3] (كَفَالَة مُطلقَة) عن قيد الحلول، والتأجيل (لزم) ذلك المال (الْكَفِيل حَالاً)؛ لأنَّ ذلك المال على العبد لوجود السبب؛ أعني: الإقرار من المكلَّف، وذمته قابلة لتعلق الدَّين الحال بها، لكن لا يطالب لظهور أمارة؛ لأنَّ ما في يده كلّه مِلْك المولى قيد بالمطلقة؛ لأنَّه لو كفل بدَينٍ مُؤَجلٍ لا يطالب قبل حلول الأجل[4].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (١٦٨/٤).
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (٩٨/٤)، والنهر الفائق: (٥٤٥/٣).

(وَإِذا أدّى) الكفيل ذلك حالاً (لَا يرجع) الكفيل به (على العَبْد إلَّا بعد عتقه)، إنْ كانت بأمره؛ لأنَّ الطالب الأصيل لم يكن له أَنْ يرجع على العبد إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لا يرجع عليه إلا بعد العتق؛ لقيامه مقام الأصيل، فلا يقدر إلا على ما يقدر عليه(١).

(وَلَو ادّعى) أحدٌ على رَجلٍ (رَقَبَة عبد) في يده، يجوز في الرقبة الباء الموحدة، والياء المثناة، والأُولى هي الأَولى؛ أي: ادعى أن هذا عبدي، (فكفل بِهِ)؛ أي: بنفس العبد (رَجل، فَمَاتَ العَبْد) قبل الإثبات، (فبرهن الْمُدَّعِي)؛ أي: أقام بينة على (أَنَّه)؛ أي: العبد كان (لَهُ)؛ أي: مِلْكه (ضمن الْكَفِيل قِيمَته)؛ أي: قيمة العبد المذكور للمدعي؛ لأنَّه تكفل عن ذا اليد بتسليم رقبة العبد؛ لأنَّ المدعي يدعي غَصبَ العَبْدِ على ذا اليد، والكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها جائزة، فيجب على الكفيل ردُّ العين؛ فإنْ ملكت تجب عليه قيمتها(٢).

(وَلَو كفل سيد) بمالٍ (عَن عَبده بِأَمْره أَو) كفل (عبد غير مديون عَن سَيّده بأمره، فَعتق، فَأَي) منهما (أدّى) كفل به عن الآخر (لَا يرجع على الآخر)؛ لأنَّ هذه الكفالة وقعت من الأصل غير موجبة للرجوع، لاستحالة أن يجب لأحدهما دين على الآخر، فلا تنقلب الكفالة موجبة للرجوع، قيد بقوله: (غير مديون) تصحيحاً للكفالة؛ لأنَّه لو كان مديوناً مأذوناً بَطلَتْ كفالَته لِحق الغرماء(٣).

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (١٦٨/٤)، وينظر: العناية: (٧/ ٢٣٤).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (١٧٠/٤)، والنهر الفائق: (٥٨٣/٣).

(٣) ينظر: المصدر السابق.

كتاب الحوالة

(هِيَ) لغة: اسم بمعنى الإحالة، وهي النقل مطلقاً[(١)]، وشرعاً: (نقل الدَّين من ذمَّة) المحيل (إِلَى ذمَّة) المحال عليه، فيبرأ من الدَّين عندنا، ولا يبقى للطالب عليه سبيل؛ إذ بقاء الشيء بعد النقل في المحل الأول محال[(٢)].

(وَتَصِح فِي الدَّين لَا فِي الْعين)؛ أي: تجوز الحوالة في كل دين ثابت في الذمة، ولا تجوز في نفس الأعيان، أما الجواز، فلقوله ـ ﷺ ـ: «من أحيل على مليء فليحتل»[(٣)]؛ أي: غني، فليتبع، والأمر بالاتباع دليل الجواز، وأما اختصاصها بالدَّين؛ لأَنَّ الحوالة نقل من الذمة، وهو نقل حكمي، فلا يتصور في العين؛ لأَنَّ نقله حسي.

قوله: (برضى الْمُحْتَال) متعلق بقوله: تصح؛ أي: صحة الحوالة، وجوازها إنَّما تكون إذا وجد الرضى منهما، أما رضى المحتال وهو الدائن، فلأن الدَّين حقه، والذمم متفاوتة، فلا بد من رضاه بالإجماع[(٤)].

---

(١) ينظر: مختار الصحاح: ص١٦٧، ولسان العرب: (١١/١٨٤)، وأنيس الفقهاء ص٢٢٤.

(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٥٨، والنهر الرائق: (٣/٥٨٥).

(٣) رواه البيهقي (٦/٧٠)، برقم ١١١٧١، باب: من أحيل على مليء وأصلُه في مسلم (٥/٣٤)، برقم ٤٠٨٥، بلفظ: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء؛ فليتبع».

(٤) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٥٨، والنهر الرائق: (٣/٥٨٥).

وأما (والمحتال عَلَيْهِ) هو الذي يقبل الحوالة[(١)]، فلأنه يلزمه الدَّين، ولا لزوم [وقال محمد: لا حاجة إلى رضى المحيل][(٢)] (وَقيل) قائله ـ صاحب الأصل ـ: (لَا بُد من رضى الْمُحِيل أَيْضاً) ومنه يوجد الحوالة، (وَإِذا تمت) الحوالة على أتمِّ وجه كأن (برىء الْمُحِيل) عن الدَّين (بِالْقبُولِ)؛ أي: بقَبُول المذكورين؛ لأَنَّ المعاني الشرعية تبتنى على الألفاظ اللغوية بحسب دلالتها الوضعية، والحوالة: مأخوذة من التحول، والانتقال[(٣)]، وبقاء الدَّين في ذمته بعد تحوله منها محال[(٤)]، وفائدة البراءة: أنه لو مات المحيل، (فَلَا يَأْخُذ الْمُحْتَال) ما احتال به (من تركته)؛ أي: تركة المحيل؛ لأَنَّ الدَّين انتقل إلى ذمة المحال عليه عن ذمته، (لَكِن يَأْخُذ كَفِيلاً من الْوَرَثَة أَو الْغُرَمَاء)؛ أي: ورثة الميت، أو غرمائه إن كانوا اقتسموا التركة، أو توازعوها مخافة القوي؛ أي: (مَخَافَة التوى)[(٥)] هلاك حقه، فيرجع عليهم به.

(وَلَا يرجع عَلَيْهِ)؛ أي: على المحيل المحتال بدَينه، (إِلَّا إِذا توى حَقه)؛ أي: يمتنع حصوله من تلك الجهة؛ لأَنَّ المحتال إنَّما رضي بانتقال حقه من المحيل إلى المحال عليه على رَجل، وإن حصوله منه اليسر، فصار كوصف السلامة في المبيع[(٦)].

ثم إن القوي [عند أبي حنيفة إنَّما يكون بأحد الأمرين، وهما ما ذكره المصنِّف بقوله:][(٧)] (وَهُوَ بِمَوْت الْمُحْتَال عَلَيْهِ مُفلساً)[(٨)] من غير كفيل منه بأمره، (أَو) بغيره، (إِنْكَاره الْحِوَالَة وحلفه)؛ أي: يمينه على

(١) ينظر: المصباح المنير: (١/١٥٧)، المغرب: (١/٢٣٥).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: مختار الصحاح: ص١٦٧، ولسان العرب: (١١/١٨٤).
(٤) ينظر: الهداية: (٣/١٠٠)، والعناية: (٧/٣٤١).
(٥) التَّوَى هنا هلاك الْمَالِ. ينظر: مختار الصحاح: ص٤٧.
(٦) ينظر: النهر الفائق: (٣/٥٨٨).
(٧) سقط من: (أ).
(٨) ينظر: المبسوط: (٢٠/٧٠)، ودرر الحكام: (٢/٣٠٨).

عدمها، (وَ)الحال أنه (لَا بَيِّنَة) للمحتال (عَلَيْهَا)؛ أي: الحوالة، فإذا وقع شيء من هذين المعنيين؛ تعذر وصول الحق من ذلك الجانب، فيرجع على المحيل، (وَعِنْدَهُمَا): يحصل القوي بذينك المعنيين، و(بتفليس القَاضِي إِيَّاه أَيْضاً)؛ أي: إذا حكم القاضي بإفلاس المحال عليه حال حياته يمتنع حصول الحق منه، فيلزم الرجوع على المحيل، كما في صورتيين أوليين[١].

وهذا الاختلاف مبني على أن الإفلاس يتحقق بحكم القاضي عندهما، لا عند الإمام؛ لأَنَّ المال عاد، ورابح، ويحتمل أن يرزق العبد المفلس مالاً بعد الحكم بإفلاسه، فلا يتحقق التدعي، (وَتَصِح) الحوالة (بِالدَّرَاهِم المودعة)[٢]؛ يعني: لو ادعى رَجل عند آخر ألف درهم، ورجال آخر بتلك الألف المودعة؛ جازت الحوالة، ويبرأ المحال عليه، وهو المودع من الحوالة بهلاكها؛ أي: هلاك تلك الدراهم في يده؛ لأَنَّه التزم الأداء له من محل بعينه، فلا يلزم الأداء من محل آخر، فيبرأ بهلاكها؛ لأَنَّ الوديعة أمانة بالحوالة لا تخرج من أن تكون أمانة، وهلاك الأمانة لا يوجب الضمان، وبالمغصوبة؛ أي: تصح الحوالة بالدراهم المغصوبة التي غصبها المحتال عليه من المحيل.

(وَ)لا (يبرأ الْمُحْتَال عَلَيْهِ) وهو الغاصب من الحوالة (بهلاكها)؛ أي: المغصوبة؛ لأَنَّه لا يبطل الحوالة؛ لأَنَّه فات إلى خَلَف، وهو الضمان، والخَلَف يقوم مقام الأصيل، وَكَان المغصوب قائماً معنى، فلا تبطل[٣].

(وَإِذا قيدت الْحِوَالَة بِالدَّينِ، أَو الْوَدِيعَة، أَو الْغَصْب؛ لَا يُطَالب الْمُحِيل الْمُحْتَال عَلَيْهِ)؛ لأَنَّه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن، فلو بقيت المطالبة؛ لكان المحيل أن يأخذ ما على المحتال عليه، أو ما هو

(١) ينظر: العناية: (٧/٢٤٦)، والبحر الرائق: (٦/٢٦٧).
(٢) ينظر: العناية: (٧/٢٤٨)، ودرر الحكام: (٢/٣٠٨).
(٣) ينظر: المصدران السابقان، والبحر الرائق: (٦/٢٦٩).

عنده، وحينئذ تبطل الحوالة التي هي حق المحتال[١] **(مَعَ أنَّ الْمُحْتَال أُسْوَة لغرماء الْمُحِيل بعد مَوته)**؛ يعني: لو مات المحيل مديوناً قبل أن يؤدي المحال عليه المال إلى المحتال، فعندنا يشارك المحتال باقي الغرماء، ويقتسمون المال المتروك على قَدْر حصصهم، وقال زفر: «المحتال أحق به من سائر الغرماء»؛ لأنَّه مَلَكه بالحوالة، ولنا: إن الحوالة تمليك الدَّين من غير من عليه الدَّين، وهو لا يملك إلا بالقبض، فإذا مات المحيل قبل أداء المحتال [أ/٢٧٦] عليه؛ فهو باق على مِلْك المحيل، فيشترك فيه الغرماء، والمحتال أحدهم، فلا يختصر دونهم[٢].

(وَإِن لم تقيد) الحوالة **(بِشَيْء فَلهُ)**؛ أي: للمحيل **(الْمُطَالبَة، وَلَا تبطل الْحِوَالَة بِأَخْذِهِ مَا على الْمُحْتَال عَلَيْهِ)** وبوديعة، **(أَو)** مغصوب **(عِنْده)** تعين الإيفاء من ذلك الدَّين، أو العين، فلم يكن للمحيل المطالبة بهما؛ لتعلق حق المحتال بهما، كالرهن، وإلا بطلت الحوالة، وإذا كانت مطلقة بأن قال المديون لرب الدَّين: أحلتك بألف التي لك على هذا الرَّجل، فللمحيل أن يطالبهما؛ لأنَّ الحوالة لم تتعلق بهما بل بذمة المحال عليه، وذلك لا يقتضي المنع من طلبهما، ولو أخذهما لا تبطل الحوالة؛ لأنَّ محلها ذمة المحال عليه، وهي باقية، فتبقى الحوالة ببقاء محلها.

(وَإِذا طَالب الْمُحْتَال عَلَيْهِ الْمُحِيل) بعد ما أدى إلى المحتال **(بِمثل مَا أحَال بِهِ فَقَالَ)** المحيل: إنَّما **(أحلّت بدين)** كان **(لي عَلَيْك)** ولا رجوع لك عليَّ؛ **(لَا يُقبل)** قوله ذلك **(بِلَا حجَّة)**؛ أي: بينة، أو إقرار وحكم، وإذا عجز عن الحجة؛ كان للمحتال عليه أن يأخذ منه مثل الذي أداه إلى المحتال؛ لأنَّه قضى دينه بأمره، لكن المحيل يدعي عليه دَيناً، وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه[٣].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٤٥/٨)، ودرر الحكام: (٣٠٨/٢)، والبحر الرائق: (٢٦٩/٦).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع: (٤٥/٨)، ودرر الحكام: (٣٠٩/٢)، والبحر الرائق: (٢٦٧/٦).
(٣) ينظر: الهداية: (١٠٠/٣)، والنهر الفائق: (٣٩٠/٣).

(وَلَو طَالب الْمُحِيل الْمُحْتَال بِمَا أحَال، فَقَالَ: أحلتني بدَين لي عَلَيْك؛ لَا يقبل بِلَا حجَّة).

(وَتُكْره السفتجة[١]، وَهِي): بضم، وفتح التاء، تعريب سفته، ومعناها: المحكم، وهي في لسان أهل الشرع: (الْإِقْرَاض) للتاجر مثلاً، ليدفع المال إلى صديق المقرض في بلد آخر[٢]؛ (لسُقُوط خطر الطَّرِيق) سُمِّي هذا القرض بها؛ لإنهاء إحكام أمره، وإنَّما كُره؛ لأَنَّ فيه نفعاً[٣]، وقد نهى النبي - ﷺ - «عن قرض جر نفعاً»[٤]، وإن ذكر المسألة في هذا الباب؛ لأَنَّ هذا الإقراض في معنى حوالة الصديق على المستقرض، أو لأنه حوالة خطر الطريق، أو لأن المقرض يحيله بالأداء إلى الصديق.

❖ ❖ ❖ ❖

(١) أخذت السفتجة معنى المحكم؛ لإحكام أمره، أو لأنه شبه له بوضع الدراهم في السفاتج؛ أي: في الأشياء المجوفة كما تجعل العصا مجوفة ويخبأ فيها الماء. ينظر: أنيس الفقهاء: ص٢٢٥.

(٢) ينظر: القاموس المحيط: (٢٤٧/١)، أنيس الفقهاء: ص٢٢٥.

(٣) ينظر: الهداية: (١٠٠/٣)، والجوهرة النيرة: (٣٨٨/٣).

(٤) رواه البيهقي في السنن الكبرى: (٣٥٠/٥)، رقم ١٠٧١٤، بلفظ: «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا» وقال: حديث منقطع، وفي تلخيص الحبير الحديث موقوف على ابن عباس وعبد الله بن سلام وابن مسعود ﷺ. ينظر: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: (٨٩/٣).

كتاب القضاء

بتقدير المضاف؛ أي: أدب القضاء؛ لأنَّه هو المقصود بالبيان، والقضاء رتبة شريفة، ومنزلة رفيعة لا منزلة فوقها، ولا رتبة أفضل منها إذا اجتمعت شرائطها، ووجد في القاضي ما لا بد منه من لوازمها؛ لأن الله ﷻ تولاها بنفسه وولاها من بعثه من رسله، وقام بها نبينا - ﷺ - ومن قام مقامه وناب من به من الخلفاء الراشدين والأئمة الهادين المهتدين.

وفي الأثر عن عمر - ﷺ - فيما كتبه إلى أبي موسى الأشعري[(١)]: «أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة منيعة»، إلى آخره[(٢)].

وهو عبارة عن الأحكام لغة، وعن الإلزام شريعة، ومعناه شرعاً: فصل الخصومات، وقطع المنازعات، وهو مرادف للحكم[(٣)]؛ لأن الله تعالى أضافهما إلى نفسه حيث قال عز من قال: ﴿وَٱللَّهُ يَقۡضِي بِٱلۡحَقِّۖ﴾ [غافر: ٢٠]، وقال جل وعلا: ﴿وَٱللَّهُ يَحۡكُمُ لَا مُعَقِّبَ لِحُكۡمِهِۦۚ﴾ [الرعد: ٤١]،

---

(١) خليج البحار: ص٧١٢.

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى: (١٣٥/١٠)، رقم ٢٠٢٤٧، باب: إنصاف الخصمين في المدخل عليه.

(٣) القضاء: لغةً الحكم، وفي الاصطلاح: القضاء على الغير: إلزام أمر لم يكن لازماً قبله، القضاء في الخصومة: هو إظهار ما هو ثابت. ينظر: التعريفات: ص١٧٧.

وبعضهم جعل الحكم أفضل؛ لأنَّه ورد في الشرع إطلاق الحاكم عليه سبحانه، ولم يسمع إطلاق القاضي، وبعضهم عكس الأمر؛ لأنَّ القاضي أخص لكل وجه.

وكأن المصنِّف مال إلى هذا القول حيث صدر البحث بقوله: (**الْقَضَاء بِالْحَقِّ من أقوى الْفَرَائِض**)، وهو فرض كفاية بالإجماع، فإن لم يصلح للقضاء إلا واحد تعين عليه، (**وَأفضل الْعِبَادَات**) ولذلك رغب فيه كثير من الصحابة والتابعين، ودخل فيه من لا يشك في ديانته، وفضلته من الصالحين[١].

ولا يقدح في ذلك امتناع الإمام الأعظم، وأمثاله من الدخول فيه لاشتغالهم بتدوين الفقه، والعلوم، وتصديه للفتوى، ونفع الأمة، (**وَأَهله**)؛ أي: أهل القضاء (**من هُوَ أهل للشَّهَادَة**)؛ أي: يشترط في القاضي من الأوصاف الحميدة ما يشترط في المشاهد مع كونه من أهل الاجتهاد، وأما الأول فلأن حكم القضاء والشهادة واحد؛ لأنَّ كل منهما من باب الولاية لأنه من تنفيذ القول على الغير؛ ولأن كل منهما إلزاماً، أو الشهادة ملزمة على القاضي[٢].

والقضاء ملزم على الخصم فما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء، وأما الثاني فالمراد منه أن يكون جاهداً في تعرف ما يحكم به وعالماً، بأن الحكم إنَّما يؤخذ من الكتاب، والسُّنة، وإجماع الأمة، والاستدلال بما هو ظاهر منها على ما خفيَ، وأما كونه قادراً على الاستنباط، فالصحيح أنه شرط للأولوية، كما سيجيء إن شاء الله تعالى[٣].

(**وَشرط أَهْلِيَّته شَرط أهليتها**)؛ أي: ما يشترط لأهلية الشهادة يشترط

---

(١) ينظر: العناية: (٢٥٢/٧)، والمبسوط: (٥٩/١٦).
(٢) ينظر: العناية: (٢٥٢/٧)، البحر الرائق: (٢٨٣/٦).
(٣) ينظر: المبسوط: (٦٢/١٦)، والمحيط البرهاني: (٤٧/٨).

لأهلية القضاء، (وَالْفَاسِق أهل لَهُ)؛ أي: للقضاء؛ أي: إذا كان يتعقل المسائل الشرعية، وله دراية في تشخيص الأحكام، وتمييز المدعي عن المدعى عليه، ومعرفته بما هو الأولى من الأمور بالنظر إلى تعقله، لا باعتبار فسقه[١]، فإن كثيراً من الفساق يهتدي إلى ما يدركه المتقي، خصوصاً في الأمور الدنيوية، والمعاملات المدنية، فإذا لم يوجد غيره للقيام بتلك الأمور، والنظر في هاتيك المصالح يجوز تفويضها إليه، (وَيصِح تَقْلِيده) مع العلم بفسقه إذا اضطر الأمر إليه، (وَيجب أَن لَا يُقَلّد) إذا استغنى عنه، ووجد من أهل التقوى من يقوم مقامه، ويغني غناؤه، وقيل: [لا يصح][٢] قضاؤه أصلاً؛ لأنَّه لا يأمن لا على نفسه لفسقه، اختاره الطحاوي[٣].

وينبغي أن يُفتى به، خصوصاً في زماننا، (كَمَا يَصح قَبُول شَهَادَته)، أو أشهد في قضية، ووقع في قلب الحاكم صدقه في ذلك، لوجود أصل الأهلية، (وَيجب أَن لَا تقبل) إذا لم يلزم من ذلك ضياع الحق لما ذكر[٤].

(وَلَو فسق الْعدْل) بعد ما ولي (يستحق العزل) كما إذا أخذ الرشوة، أو زنى، أو شرب الخمر، لوجود سبب الاستحقاق، (وَ)لكنه (لَا يَنْعَزِل) بالفسق (فِي ظَاهر الْمَذْهَب، وَعَلِيهِ) أكثر (مشايخنا)، وعند بعضهم ينعزل، وعليه الفتوى؛ لأنَّ المقلد اعتقد عدالته، فولاه، فلم يكن راضياً بدونها[٥]، [والمراد بظاهر المذهب في المبسوط، وفي الجامع الصغير، والكبير، والسير الكبير، والزيادات، المنسوبات لمحمد ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ، وفي نوادر هشام قال محمد: «لو فسق القاضي، ثم تاب، فهو على قضائه][٦].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/٢٠٠)، ودرر الحكام: (٢/٣٧٢).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: البناية: (٩/٦)، ودرر الحكام: (٢/٤٠٤).
(٤) ينظر: البناية: (٩/٦)، ودرر الحكام: (٢/٤٠٤).
(٥) ينظر: البحر الرائق: (٦/٢٨٤)، النهر الفائق: (٣/٥٩٨).
(٦) سقط من: (ب).

(وَلَو أَخذ الْقَضَاء بالرشوة) بالحركات الثلاث (لَا يصير قَاضِياً)[(١)]، فلو قضى لا ينفذ قضاؤه أصلاً، (وَالْفَاسِق يصلح) أن يكون (مفتياً، وَقيل: لَا)؛ أي: لا يصلح؛ لأَنَّ الإفتاء من أمور الدِّين، وهو ليس بمأمون على ذلك، ولا خبره بمقبول في الديانات، والأصح أنه يصلح؛ لأَنَّه يجتهد أن لا ينسب إلى الخطأ ويحترز عن إسناد الجهل إليه[(٢)].

(وَلَا يَنْبَغِي أَن يكون الْقَاضِي فظاً)؛ أي: جافياً [أ/٢٧٧] سيِّئ الخلق، (غليظاً)، قاسي القلب، ولا (جباراً)؛ أي: متكبراً (عنيداً)؛ أي: معانداً عنيداً؛ لأَنَّه إذا كان كذلك ينفر الناس عن المرافعة إليه، ولا يتجرؤون على مقابلته، فيضيع أكثر الحقوق[(٣)]، وقال ﷻ: ﴿وَلَوۡ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ ٱلۡقَلۡبِ لَٱنفَضُّواْ مِنۡ حَوۡلِكَۖ﴾ [آل عمران: ١٥٩] لكن لا بد أن يكون جريئاً، قوي القلب، ذا همة، لئلا يجبن عن مقاومة الخصوم.

(وَيَنْبَغِي أَن يكون موثوقاً بِهِ)؛ أي: معتمداً عليه (فِي دِينه)؛ لئلا يميل إلى الهوى، ويحكم بغير الحق، (وعفافه)؛ لئلا يرتشي، العفاف: هو الاحتراز عن الحرام[(٤)]، (وعقله)؛ لئلا يلتبس عليه الأمور، فيخطئ في حكوماته، (وصلاحه)؛ لئلا يسيء الناس به الظن، فلا يعتمد على أحكامه، (وفهمه) ليستنبط المسائل من أصولها، (وَعلمه بِالسُّنةِ)، وهي ما روي عن النبي - ﷺ - من القول، والفعل، (والْآثَار)، وهي ما نقل عن الصحابة الكبار، والتابعين الأخيار، (ووجوه الْفِقْه)؛ أي: الطرق التي يستنبط الفقه منها، والأصول التي تُبتنى عليها، (وَكَذَا الْمُفْتِي) ينبغي أن يكون موصوفاً بهذه الأوصاف المذكورة أيضاً، (وَ)لا يشترط فيه (الِاجْتِهَاد)، و(شَرط الْأَوْلَوِيَّة)، لا الجواز هو الصحيح[(٥)].

---

(١) ينظر: المحيط البرهاني: (٩٢/٨)، وتبيين الحقائق: (١٧٥/٤).
(٢) ينظر: البحر الرائق: (٢٨٤/٦)، والنهر الفائق: (٥٩٨/٣).
(٣) ينظر: المبسوط: (١٠٨/١٦)، والبحر الرائق: (٢٨٤/٦).
(٤) ينظر: المطلع على أبواب الفقه: ص٣٢٢، ومعجم لغة الفقهاء: ص٣١٦.
(٥) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٥٩، والنهر الفائق: (٦٠٠/٣).

ومن المشايخ من قال: «لا يولى القضاء إلا من يكون أهل الاجتهاد، [وذلك بأن يعرف الأحكام التي هي الكتاب، والسُّنة، والإجماع، والقياس، والاستدلال، فيكون عللاً بها على وجه مخصوص»، وهذا المذكور في كتب الأصول، لكن هذا في زماننا غير ممكن؛ لأنَّ الهمم قد تقاصرت، وصار الاعتماد على الكتب المدونة، فلو كان الاجتهاد شرط للقضاء تعاطلت المصالح في أكثر الدنيا، لكن إذا وجد المجتهد، فهو من غيره أولى، فيكتفي بمن اجتمع فيه خصلتان:

● أحديهما: معرفة أحوال الناس في عباداتهم، ومعاملاتهم.

● والثانية: تميز الصحيح من الفاسد، وترجيح المحق على المبطل(١)](٢).

وعلى هذا (فَيصح تَقْلِيد الْجَاهِل) الذكي القضاء عند أئمتنا، للشافعي هو يقول: الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه، ولا قدرة بدون العلم، فصار كالمتحري؛ فإنَّه لا يصلي بتحري غيره، فكذلك لا يحكم بفتوى غيره(٣)، ولنا: إن الغرض من تولية القضاء رفع شر المظلوم، وإيصال الحق إلى أهله، وهذا يحصل بالحكم بفتوى العلماء، (ويختار الأقدر، وَالْأولَى)؛ أي: ينبغي للمقلد أن يولي القضاء من هو أقدر من غيره على فصل القضايا، وهو لمن يوجد ممن يصلح للحكم بين البرايا(٤)؛ لقوله - ﷺ -: «من قلد غيره عملاً، وفي رعيته أولى منه؛ فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»(٥)، [وعمل القضاء من أهم أمور الدِّين

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (١٧٦/٤)، والنهر الفائق: (٦٠٢/٣)

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: العزيز: (٤١٥/١٢)، والنجم الوهاج: (١٤٦/١٠).

(٤) ينظر: الهداية: (١٠١/٣)، درر الحكام: (٤٠٥/٢).

(٥) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١١٨/١٠)، برقم (٢٠١٥١)، باب: لا يولي الوالي امرأة ولا فاسقاً، بلفظ: «من استعمل عاملاً من المسلمين وهو يعلم أن فيهم أولى بذلك منه وأعلم بكتاب الله وسنة نبيه فقد خان الله ورسوله وجميع المسلمين» وعزاه=

وإعمال، وحيث لم يوجد المجتهد، فينبغي أن يكون صاحب قريحة، وذكاء يعرف عادات الناس؛ لأنَّ أكثر الأحكام يرجع إليها، وإن وجد من له معرفة بالفقه ورواية الحديث، فهو أولى][١].

(وَكره التَّقْلِيد)؛ أي: أخذ القضاء (لمن خَافَ الحَيْف)؛ أي: الجور والظلم؛ لئلا يكون سبباً ووسيلة إلى مباشرة القبيح، بأخذ الرشوة، والميل عن الحق إلى جانب الباطل، بل كره بعضهم الدخول فيه مختاراً، وإن لم يخف ذلك، نظراً إلى قوله ـ ﷺ ـ: «**من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين**»[٢]، وهو مراد المصنِّف[٣].

(وَالْعجز عَن الْقيام بِهِ)؛ لأنَّه أمر المستقبل غيب، ولا يعلم الإنسان ماذا يصير إليه؟ فلعله يحدث ما يعجز عن مباشرته، فكان الأسلم عدم التعرض له، [والصحيح؛ لأنَّ الدخول في القضاء رُخصةٌ طمعاً في إقامة العدل، قال ـ ﷺ ـ: «**عدل ساعة خير من عبادة سبعين سَنَة**»[٤]، وفي رواية: «**عن عبادة ستين**».

والترك عزيمة إلا إذا علم من نفسه القدرة على القيام بحقوقه، وكان هو الأهل للقضاء دون غيره، والحصر الاستحقاق فيه، فحينئذ يفرض عليه

= الزيلعي وابن حجر إلى الحاكم وقال: صحيح الإسناد. ينظر: نصب الراية: (٨٨/٤)، والمطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية: (٣١١/٢).

(١) سقط من: (ب).

(٢) أخرجه ابن ماجه: في سننه، كتاب: الأحكام، باب: ذكر القضاة، (٧٧٤/٢) برقم (٢٣٠٨)، وسنن أبي داود: كتاب الأقضية، باب: في طلب القضاء، ٢٩٨/٣ برقم (٣٥٧١)، والترمذي كتاب الأحكام، ١ ـ باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي، (٧/٣) برقم (١٣٢٥)، وقال: هذا حديث حسن غريب.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (١٧٦/٤)، ودرر الحكام: (٤٠٥/٢).

(٤) رواه الأصفهاني بسند ضعيف بلفظ: «يا أبا هريرة، عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة: قيام ليلها، وصيام نهارها، ويا أبا هريرة، جور ساعة في حكم أشد وأعظم عند الله من معاصي ستين سنة» ينظر: إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، (٤٠/٥)، برقم ٤١٩٨، باب: الأمراء والأمناء.

التقلد صيانة لحقوق العباد، وسعياً في أخلاق العالَم عن الفساد[(١)].

وإليه أشار المصنِّف بقوله][(٢)]: (**وَلَا بَأْس بِهِ لمن يَثِق**)؛ أي: يعتمد (**من نَفسه بأَدَاء فَرْضه**)؛ أي: فرض القضاء، والمراد به: فرض الكفاية[(٣)] لصلاة الجنازة، فإن الواحد إذا تعين لإقامتها يصير فرض الكفاية بمنزلة فرض العين[(٤)]، ولذلك قال: (**وَمن تعين لَهُ فرض عَلَيْهِ**)؛ يعني: لو كان في بلدة، أو مملكة رَجل عالم، واجتمعت فيه شروط القضاء، هو يعلم أنه ذلك ليس بموجود في غيره، فعليه أن يتقلد القضاء ويطلبه، وإن لم يدع إليه ولو ترك ذلك يأثم (**وَلَا يطْلب الْقَضَاء**) بأن يقول للإمام: ولّنا القضاء، (**وَلَا يَسْأَلُهُ**) بأن يقول للناس: لو ولّاني الإمام قضاء مدينة كذا؛ لأجبته إلى ذلك، وهو يطمع أن يبلغ ذلك إلى الإمام، فيقلده القضاء، وكل ذلك مكروه[(٥)]؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «**من طلب القضاء، وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه؛ نزل عليه ملك سدده**»[(٦)]؛ أي: يلهمه الرشد، ويوفقه للصواب؛ لأن من طلبه يعتمد على نفسه، فيحرم، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه؛ فيلهمه.

في الزاهدي[(٧)]: قوله ـ ﷺ ـ: «**من ابتلي بالقضاء؛ فكأنما ذبح بغير سكين**»[(٨)]، محمول على أن من كان طالباً له، [وقيل: إذا لم يكن أهل

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق: (١٧٦/٤)، ودرر الحكام: (٤٠٥/٢).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) هو ما يلزم جميعَ المسلمين إقامتُه ويسقط بإقامة البعض عن الباقين كالجهاد وصلاة الجنازة. ينظر: التعريفات الفقهية: ص١٦٤.

(٤) هو ما يلزم كلَّ واحد إقامته ولا يسقط بإقامة البعض كالصلوات الخمس. ينظر: التعريفات الفقهية: ص١٦٤.

(٥) ينظر: عيون المسائل: ص٢١٢، ودرر الحكام: (٤٠٥/٢).

(٦) أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين: (١٠٣/٤)، رقم ٧٠٢١، بلفظ: «من طلب القضاء، واستعان عليه؛ وكل إليه، ومن لم يطلبه، ولم يستعن عليه؛ وكل به ملك يسدده»، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرِّجاه.

(٧) ينظر: خليج البحار: ص ٦٧٨.

(٨) رواه الترمذي (٦١٤/٣) برقم ١٣٢٥، وقال: حديث حسن قريب.

له][1]، (وَيجوز تقلده من السُّلْطَان الجائر)؛ أي: يجوز للقاضي أن يتقلد القضاء، ويَقْبله من السلطان الظالم، كما يتقلده من العادل؛ لأَنَّ الصحابة ـ ﵃ ـ تقلدوا القضاء من معاوية[2]، كأبي الدرداء[3] وغيره، مع أن الحق كان لعلي ـ كرم الله وجهه ـ وتقلدوا من يزيد[4] مع فسقه وجوره، والتابعين تقلدوا من الحجاج[5] مع كونه أظلم أهل زمانه[6] (وَمن أهل الْبَغي) وهم الذين خرجوا عن طاعة الإمام، قال في العمادية[7]: «التقلد من أهل البغي يصح، وبمجرد استيلاء البغي لا ينعزل قضاة العدل»[8].

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) هو معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية القرشي الأموي، مؤسس الدولة الأموية بالشام، وأحد دهاة العرب الكبار، كان فصيحاً حليماً وقوراً، ولاه أبو بكر ثم عمر، وأقره عثمان على الديار الشامية، تنازل له الحسن بن علي عام الجماعة، غزا جزر البحر المتوسط والقسطنطينية وكثرت فتوحاته، وأخذ العهد لابنه يزيد، (ت٦٠هـ). ينظر: منهاج السنة: (٢/٢٠١ ـ ٢٢٦)، وابن الأثير: (٤/٢)، والإصابة: (٣/٤٣٣).

(٣) هو عويمر بن مالك بن قيس بن أمية، أبو الدرداء الأنصاري، من بني الخزرج صحابي كان قبل البعثة تاجراً في المدينة، ولما ظهر الإسلام اشتهر بالشجاعة والنسك، ولاه معاوية قضاء دمشق بأمر عمر بن الخطاب ﵁، وهو أول قاض بها، قال الجزري: كان من العلماء الحكماء، وهو أحد الذين جمعوا القرآن حفظاً على عهد النبي ﷺ بلا خلاف. له في كتب الحديث ـ ١٧٩ ـ حديثاً، (ت٣٢هـ). ينظر: الاستيعاب: (٣/١٢٢٧)، وأسد الغابة: (٤/١٥٩)، والأعلام: (٥/٢٨١).

(٤) هو يزيد بن يزيد الأزدي الدمشقي، كان ثقة فقيهاً عالماً حافظاً، روي عن مكحول وعبد الرحمٰن بن أبي عمرة وبسر بن عبد الله الحضرمي وجماعة، وروى عنه أخوه عبد الرحمٰن والأوزاعي والسفيانان وآخرون. ينظر: التهذيب: (١١/٣٧٠)، وتقريب التهذيب: (٢/٣٧٢)، وميزان الاعتدال: (٤/٤٤٢).

(٥) ينظر: خليج البحار: ص ٧٠٤.

(٦) ينظر: العناية: (٧/٢٦٣)، ودرر الحكام: (٢/٤٠٥).

(٧) العمادية: هي فصول العمادي في فروع الحنفية، وهي لجمال الدين بن عماد الدين الحنفي، رتبها على أربعين فصلاً، في المعاملات فقط، نجز في أواخر شعبان سنة ٦٥١هـ. ينظر: كشف الظنون: (٢/١٢٧٠).

(٨) ينظر: الهداية: (٣/١٠٢)، والنهر الفائق: (٣/٦٠٣).

ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعد ذلك لا ينفذ قضاياهم بعده ما لم يقلده السلطان العادل، (**إِلَّا إِذا كَانَ لَا يُمكنهُ من الْقَضَاء بِالْحَقِّ**)، فيحرم عليه حينئذ، (**وَإِذا تقلد**) القضاء (**يسْأَل ديوَان قاضٍ**) كان (**قبله، وَهُوَ**)؛ أي: الديوان (**الخرائط**): جمع خريطة، وهي الكيس إنَّما سُمّيت الخرائط ديواناً؛ لأنها محال الخرائط، فيكون مجازاً مرسلاً (**الَّتِي فِيهَا**) نسخ (**السجلات**)، وهي جمع سجل، بكسر السين والجيم، وتشديد اللام[(١)]، وهو الصك[(٢)].

(**والمحاضر**) جمع محضر، (**وَغَيرهَا**) من نصب الأوصياء، والقيم في أموال الوقف، وتقدير النفقات؛ لأنَّه محتاج إلى معرفة ما فيه، فكان له أخذه، (**وَيبْعَث أمينين يقبضانها بِحَضْرَة**) القاضي (**الْمَعْزُول أَو أَمِينه، ويسألانه شَيْئاً فَشَيْئاً**).

هذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام، (**ويجعلان** [٢٧٨/أ] **كل نوع فِي خريطة على حِدة**) كيلا يشتبه على المولى، فما كان من نسخ السجلات يجمعانه في خريطة، وما كان من نصب الأولياء في أموال اليتامى يجمعانه في خريطة أخرى، وما كان من نسخ قيم الأوقاف يجمعانه في خريطة، وما كان من الصكوك يجمعانه في خريطة.

(**وَينظر**) القاضي الثاني بِحَق أَول (**فِي حَال المحبوسِيْن**)؛ لأَنَّه نُصِّبَ ناظراً للمسلمين[(٣)].

والمراد: المحبوس في سجن القاضي، فيبعث القاضي نقيباً[(٤)]، ويحصيهم في السجن، ويكتب أسماءهم، وسبب حبسهم، (**فَمن أقرّ**) منهم

(١) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه: ص٣٣٢.
(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٦٠، والنهر الفائق: (٦٠٣/٣).
(٣) ينظر: مختصر القدوري: ص٢٢٥، والعناية: (٢٦٦/٧).
(٤) النقيب هو دون الرئيس، وجمعه نقباء، ينظر: طلبة الطلبة: (٤٣٤/٢)، وأنيس الفقهاء ص٢٢٤.

(بِحَق أَو) إقامة عليه به بينة، بأن أنكر الحق، (قَامَت عَلَيْهِ بِهِ بَيِّنَة ألزمهُ)؛ أي: ذلك المحبوس الحق.

(وَلَا يعْمل بقول الْمَعْزُول)، بأن قال: أنا حبسته بحق؛ إذ هو بعد العزل كواحد من الرعايا، وقول الواحد لا يقبل خصوصاً إذا كان على فعل نفسه، (وإِلَّا)؛ أي: وإن لم يقر المحبوس شيء، ولم يقم عليه بينة (يُنَادي) مناد من جهة القاضي (عَلَيْهِ) أياماً إن كان من له حق على فلان ابن فلان الفلاني المحبوس، فليحضر محبس القاضي، فإن حضر خصم جمع بينهما، وحكم بمقتضى الشرع بعد الدعوى، (ثمَّ يخلي سَبيله بَعْدَ مَا استظهر فِي أمره)، فإن لم يحضر الخصم أخذ منه كفيلاً بنفسه؛ لاحتمال أن يكون محبوساً لحق الغائب، ثم أطلقه[1].

(وَيعْمل) القاضي المولى (فِي الودائع وغلات الْوَقْف) التي وضعها المعزول في أيدي الأمناء (بِالْبَيِّنَةِ أَو بِإِقْرَار ذِي الْيَد)؛ لأَنَّ كل ذلك حجة (لا)؛ أي: لَا يعمل (بقول الْمَعْزُول) في هذه المسائل، بأن هذا وديعة فلان دفعتها إلى فلان[2].

ولو اقتصر على هذا كما فعل صاحب الكنز لكان أولى، (إلّا) أنه (إِذا أقرّ ذُو الْيَد بِالتَّسْلِيم مِنْهُ)؛ أي: اعترف الذي في يده الوديعة بأنه يسلمها القاضي المعزول؛ فحينئذ يُقبل قول المعزول؛ لأَنَّه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي، فيصح إقرار القاضي، كأنه في يده في الحال؛ [لأنه من يده مال إذا أقر بذلك المال لإنسان يقبل إقراره، إلا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار لغيره، فيُسلَّم إلى المقرِّ له الأول لسبق حقِّه، ثم يضمن القاضي المعزول قيمة ذلك العين، أو مثله بإقراره][3].

(وَيجْلس) القاضي (للْحكم جُلُوساً ظَاهراً) حتى يعلموا أنه جلس

---

(١) ينظر: البناية: (١٧/٩)، والنهر الفائق: (٦٠٥/٣).

(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٦٠، والبحر الرائق: (٣٠٢/٦).

(٣) سقط من: (ب).

لقطع الخصومات، لا لمصلحة من الاعتكاف وغيره (**فِي الْمَسْجِدِ**)، [وقال الشافعي: «يكره الجلوس في المسجد للقضاء، مذهب الشافعية: أنه يُكره الجلوس في المسجد للقضاء، ولكن لا يُكره فصل قضايا متفرقة فيه»[1]، ولأنه يحضر المشرك، وهو نجس بالنص، والحائض وهي ممنوعة عن دخوله[2].

ولنا قوله - ﷺ -: **«إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم»**[3].

وكان رسول الله[4]، - ﷺ - يفصل الخصومات في معتكفه[5]، والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المسجد لفصل الخصومات؛ ولأن القضاء عبادة لذلك يجوز إقامته في المسجد، كالصلاة، [ونجاسة المشرك في اعتقاده، لا في ظاهر، فلا يمنع من دخوله، والحائض يخرج القاضي إليه إلى باب المسجد، أو يبعث من يفصل بينها وبين

---

(١) ينظر: العزيز: (١٢/٤٥٩)، وكفاية النبيه: (١٨/١٢٨).

(٢) ينظر: مختصر القدوري: ص٢٢٥، والعناية: (٧/٢٦٩).

(٣) أخرج مسلم في صحيحه (١/١٦٨)، رقم ٦٨٧، باب: وجوب غسل البول، عن أنس بن مالك بينما نحن في المسجد مع رسول الله ﷺ إذ جاء أعرابي فقام يبول في المسجد، فقال أصحاب رسول الله ﷺ: مه مه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تزرموه دعوه»، فتركوه حتى بال، ثم إن رسول الله ﷺ دعاه، فقال له: «إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول ولا القذر إنما هي لذكر الله ﷻ والصلاة وقراءة القرآن». واستدلال الحنفية بهذا الحديث. قال الزيلعي في نصب الراية: غريب بهذا اللفظ (٤/٧٠)، ينظر: العناية: (٧/٢٦٩)، وتبيين الحقائق: (٤/١٧٨).

(٤) في (أ): (قال رسول الله ﷺ، وكان رسول الله).

(٥) له شاهدٌ في البخاري (١/٩٩)، رقم ٤٥٧، باب: التقاضي وهو (أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته، فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سجف حجرته، ونادى: «يا كعب بن مالك يا كعب»، قال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن (ضع الشطر من دينك). قال كعب، قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: «قم فاقضه».

خصمها، كما إذا كانت الخصومة في الدابة][1]، (وَالْجَامِع أولى)؛ لأَنَّه يكون أشهر مواضع البلدة، [هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، وإن كان في الطرف يختار مسجداً آخر في وسط البلدة؛ تيسيراً للناس][2].

(وَلَو جلس فِي دَاره) مع جلسائه، (وَأذن فِي الدُّخُول؛ فَلَا بَأْس بِهِ)؛ لأَنَّ الحكم عبادة، فلا يختص بمكان[3].

ولا يجلس وحده؛ لأَنَّه يورث التهمة، (وَلَا يقبل) القاضي (هَدِيَّة)؛ لتوهم الرشوة، والتنكير للتقليل (إِلَّا) أن يكون الهدية (من قَرِيبه)؛ لأَنَّ في ردها منهم قطيعة، وهي حرام، (أَو من جرت عَادَته بمهاداته) قبل القضاء، و(إِن لم يكن لَهما)؛ أي: للقريب، ولمن اعتاد مهاداتها (خُصُومَة) عنده، لمكان التهمة، (وَلم يزِدْ على الْعَادة)؛ لأَنَّه لو زاد يكون زيادته لكونه قاضياً، فلا يَقْبله[4].

(ويحضر الدعْوَة الْعَامَّة): وهي التي يتخذ صاحبها، وإن لم يحضر القاضي، ولو كان صاحب العامة أحد الخصمين لا يحضرها القاضي (لَا الْخَاصَّة)؛ أي: لا يحضرها، (وَهِي مَا لَا يتَّخذ إنْ لم يحضر)؛ أي: القاضي؛ لأنه يكون حينئذ لأجله لا لغيره، (وَيشْهد الْجِنَازَة وَيعود الْمَرِيض)؛ [لقوله ـ ﷺ ـ: «للمسلم على المسلم ستة حقوق»[5]، وعد

(١) سقط من: (ب).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: الهداية: (١٠٣/٣)، ودرر الحكام: (٤٠٦/٢).

(٤) ينظر: المصدران السابقان.

(٥) أخرجه الترمذي في السنن (٨٠/٥)، برقم ٢٧٣٦، باب: تشميت العاطس بلفظ: «للمسلم على المسلم ست بالمعروف: يسلم عليه إذا لقيه، ويجيبه إذا دعاه، ويشمته إذا عطس، ويعوده إذا مرض، ويتبع جنازته إذا مات، ويحب له ما يحب لنفسه»، أخرج البخاري في الأدب المفرد، ص ٣١٨، وبرقم ٩٢٣، باب: ما يقول إذا عطس حديثاً بلفظ: «أربع للمسلم على المسلم: يعوده إذا مرض، ويشهده إذا مات، ويجيبه إذا دعاه، ويشمته إذا عطس».

منها هذين، وحق المسلم لا يسقط بالقضاء][1]، وهذا إذا لم يكن المريض، أو صاحب الميت من المتخاصمين، فإن كان، فلا ينبغي أن يعود[2].

(ويتخذ مترجماً وكاتباً عدلاً، وَيُسَوِّي) القاضي (بَين الْخَصْمَيْنِ) إذا حضرا (جُلُوساً) بين يديه غير مُتَرَبِّعَيْن، ولا مُقْعِيَيْن، ولا مُحْتَبِيَيْن، ويكون بينهما وبين القاضي قَدْر ذراعين، ولا يقعد أحديهما من الجانب الأيمن، والآخر من الجانب الأيسر؛ لأَنَّ الجانب الأيمن أفضل، (وإقبالاً)؛ أي: توجهاً، (ونظراً)؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «إذا ابتلي أحدكم بالقضاء، فليسوِّ بينهم في الجلوس والإشارة، والنظر»[3]، ولا فرق في ذلك بين الكبير والصغير، والأب والابن، والخليفة والرعية، والشريف والذمي، والحر والعبد، والمسلم والذمي، والسلطان[4].

وفي النوازل: خاصم السلطان مع رَجل، فحبس السلطان مع القاضي في محبسه ينبغي للقاضي أن يقوم من محبسه، ويجلس خصم السلطان فيه، ويقعد هو على الأرض، ثم يقضي بينهما، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر، (وَلَا يسَار أَحدهمَا)؛ أي: لا يتكلم أحد الخصمين سرّاً، (وَلَا يُشِير إِلَيْهِ، وَلَا يضيفه) إلى أحدهما (دون الآخر، وَلَا يضْحك إِلَيْهِ، وَلَا يمزح مَعَه)، [ولو ترك قوله: (معه)؛ لكان أفيد؛ لأَنَّه منهيٌّ في مجلس الحكم مطلقاً، لإذْهَابِهِ هَيْبَة القضاء[5]][6].

(وَلَا يلقنه حجَّته)؛ لأن في كل منها ميلاً إلى أحدهما، وحيفاً

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر العناية: (٢٧٣/٧)، والنهر الفائق: (٦٠٩/٣).

(٣) أخرجه أبو يعلى: برقم: (٥٨٦٧) (٢٦٤/١٠)، باب: مسند أبي هريرة.

(٤) ينظر: الاختيار: (٨٥/٢).

(٥) ينظر: مختصر القدوري: ص٢٢٥، والهداية: (١٠٣/٣)، ودرر الحكام: (٤٠٦/٢)، ومجمع الأنهر: (١٥٩/٢).

(٦) سقط من: (ب).

بالآخر، فإن المدعي إذا رأى ميل القاضي ربما يترك دعواه، فيضيع حقه، (وَيُكرهُ تلقينه الشَّاهِد بقوله: أَتَشهد بِكَذَا) وكذا؛ لأَنَّ فيه إعانة لأحد الخصمين.

(وَاسْتَحْسنهُ)؛ أي: تلقين الشاهد (أَبُو يُوسُف فِي غير مَوضِع التُّهْمَة)[1]: هي فيما لا يستفيد بتلقينه زيادة حكم، كما إذا ترك لفظ الشهادة؛ [إذ ربما يحصر الشاهد عن الكلام لخشية القاضي، ومهابة للمجلس، فكان تلقينه إحياء الحق، بمنزلة إحضار الخصم[2]، والتكفيل في القنية[3]، والخزانة: أن المسائل التي تتعلق بالقضاء الفتوى فيها على قول أبي يوسف إذا حصل زيادة علم بالتجربة، ولعل ذلك بناءً على الغالب[4]][5].

(وَلَا يَبِيع وَلَا يَشْتَرِي فِي مَجْلِسه)، ولا بأس بذلك في غير مجلس القضاء ممن يعلم أنه لا يحابيه، وإن علم أنه يحابيه بحشمة القضاء، فإنَّه يُكره له أن يبيع ويشتري منه، (وَلَا يُمازح)، مطلقاً معهما، أو مع أحدهما، أو مع غيرهما في مجلس الحكم، ولا بأس به في غيره بدون الثأر، ولا يخفاَ [أ/٢٧٩] ما في المتن، فتدبر.

(فإنْ عرض لَهُ هم، أَو نُعَاس، أَو غضب، أَو جوع، أَو عَطش، أَو حَاجَة؛ كف عَن الْقَضَاء)؛ لقوله - ﷺ -: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»[6]، وفي رواية: «وهو شبعان»؛ ولأنه محتاج إلى الفكر، وهذه

---

(١) ينظر: البحر الرائق: (٣٠٧/٦)، والنهر الفائق: (٦١١/٣).
(٢) ينظر: الهداية: (١٠٤/٣)، والعناية: (٢٧٦/٧).
(٣) ينظر: خليج البحار: ص٤٢٠.
(٤) ينظر: العناية: (٢٧٦/٧).
(٥) سقط من: (ب).
(٦) أخرجه البخاري: ونصه: «لَا يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ»، كتاب: الأحكام، باب: هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان؟ برقم: (٧١٥٨) (٦٥/٩)، ومسلم: كتاب الأقضية، باب: كراهة قضاء القاضي وهو غضبان، برقم: (١٧١٧) (١٣٤٢/٣).

الأعراض تمنع صحة الفكر(١)، [ويُكره له الصوم التطوع يوم القضاء؛ لأنَّه لا يخلو عن الجوع، ولا يُتعب نَفْسه بطُول الجلوس؛ لأنَّه ربما ضجر، وملَّ، ويَقعُدُ طرفي النهار](٢)؛ وإذا طمع في رضى الخصمين ردَّهما مرة، أو مرتين؛ لقول عمر ـ رضي الله عنه ـ: ردُّوا الخصوم حتى يصطلحوا(٣)، وإن لم يطمع؛ أنفذ القضاء بينهما؛ لعدم الموجب للتأخير.

(وَإِذا تقدم إِلَيْهِ الخصمان، فإنْ شَاءَ قَالَ لَهما: مَا لَكمَا، وَإِن شَاءَ سكت، وَإِذا تكلم أَحدهمَا أسكت الآخر)؛ ليفهم دعواه(٤).

❊ ❊ ❊

فصل

(وَإِذا ثَبت الْحق للْمُدَّعِي) على المدعى عليه عند القاضي، (وَطلب حبس خَصمه، فَإِن ثَبت بِالْإِقْرَارِ لَا يحْبسهُ)؛ أي: لا يعجل حبسه وأمره بدفع ما عليه؛ لأَنَّ الحبس جزاء المماطل، فلا بد من ظهورها، ولم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة، فلعله طمع في الإمهال، فلم يستصحب المال، (إِلَّا إِذا أمره)؛ أي: القاضي المقر (بِالْأَدَاءِ)؛ أي: دفع الحق (فَأبى)؛ أي: امتنع عن الدفع، فحينئذ يحبسه؛ لظهور المماطلة(٥).

(وَإِن ثَبت بِالْبَيِّنَةِ حَبسه قبل الْأَمر بِالدفع)؛ لظهور المطل بإنكاره، (وَقيل: لَا) يحبسه قبل الأمر بالدفع، كما ثبت بالإقرار، (فَإِنْ ادّعى) المدعى عليه (الْفقر) عند الأمر بالدفع؛ (حَبسه فِي كل مَا لزمَه بدل مَال كَالثّمنِ وَالْقَرْض)؛ لأَنَّ غناه ثابت بحصول المال في يده، (أَو) لزمه

(١) ينظر: الاختيار: (٨٦/٢)، والجوهرة النيرة: (٦٥/٧).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٦٦/٦) رقم ١١١٤٢، باب: ما جاء في الحلل.
(٤) ينظر: المبسوط: (٧٨/١٦)، وتبيين الحقائق: (١٧٩/٤).
(٥) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٦١، والنهر الفائق: (٦١٢/٣).

(بالتزامه كالمهر **الْمُعَجل**)، وبدل الخلع، (وَ)دين (**الْكَفَالَة**)؛ لأَنَّ التزامه المال باختياره دليل على يساره ظاهراً؛ إذ العاقل لا يلتزم بما لا يقدر على أدائه، فيحبس(١).

والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس في الدرهم، وما دونه (**لَا فِيمَا عدا ذَلِك**)؛ يعني: لا يحبس القاضي فيما سوى الدَّين المذكور، كضمان المتلفات، والديات، وأرش الجنايات، وأعواض المغصوبات، وضمان إعتاق العبد المشترك للشريك، وبدل الكتابة إن ادعى الغريم الفقر؛ إذ لا دليل على اليسار، فتقول قوله: (**إِلَّا إِذا برهن خَصمه أَنَّ لَهُ مَالاً**)؛ لأَنَّه ظهر غناه، [ويروى أن القول لمن عليه الدَّين في جميع ذلك؛ لأَنَّ الفقر أصلي، والغناء عارضيٌّ(٢)](٣).

(**ويحبسه مُدَّة**) من غير تقدير شهرين، أو أكثر، أو أقل، بل يحبسه حتى (**يغلب على ظَنّه**)؛ أي: ظن القاضي (**أَنَّه لَو كَانَ لَهُ مَال لأَظهره، هُوَ الصَّحِيح**)؛ لأن الحبس للإيذاء، وأحوال الناس فيه متفاوتة؛ لأَنَّ بعضه يكون حريصاً بحيث يرى حبسه في زمان طويل أهون عليه من إخراج مال قليل، فلا معنى لتقدر بالأزمان، (**وَقيل: شَهْرَيْن أَو ثَلَاثَة، فَإِن لم يظْهر لَهُ مَال خلّى سَبيله**)(٤) بعد مضي المدة؛ لأَنَّه استحق النظرة إلى يسرة، فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً، إلا (**أَن يبرهن خَصمه على يسَاره**)؛ لأنه حينئذ ظهرت مماطلته، (**فيؤبد حَبسه**)؛ يعني: إلى أن يدفع الحق للمدعي، (**وَلَا تسمع الْبَيِّنَة على إعْسَاره قبل حَبسه عَلَيْهِ عَامَّة المشايخ**) هو الصحيح، كذا في شرح أدب القاضي للخصاف(٥)، وقال محمد بن الفضل(٦): «الصحيح

---

(١) ينظر: الهداية: (١٠٤/٣)، والجوهرة النيرة: (٢٤٢/٢).

(٢) ينظر: المصدران السابقان.

(٣) سقط من: (ب).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق: (١٨١/٤)، والنهر الرائق: (٥١١/٢).

(٥) ينظر: الجوهرة النيرة: (٢٤٣/٢)، والنهر الرائق: (٥١١/٢).

(٦) محمد بن الفضل أبو بكر الفضلي الكماري ذكره صاحب الهداية، العلامة الكبيرة تفقه على الأستاذ أبي محمد السبذموني، والقاضي أبو علي الحسين بن الخضر=

أنها تقبل قبل حبسه»، واختار قاضي خان: «أنه مفوض إلى رأي القاضي»، (وَيحبس الرَّجل لنفقة زَوجته)؛ لأنه بامتناعه عن الإنفاق كان ظالماً، فيحبس [هذا داخل في قوله: (أو لزمه بالتزامه)، وكذا ما سيذكر من إنفاق الولد؛ لأنهما من قبيل ما يلزم بالعقد، وذكرهما بعد قوله: (لا فيما عدا ذلك) يوهم التناقض][(١)].

(لَا) يحبس (وَالِد فِي دَين وَلَده)؛ لأن الحبس عقوبة لا يستحقها الوالد إكراماً له، (إِلَّا إِن أَبى من الْإِنْفَاق عَلَيْهِ)؛ أي: على ولده، فإِنَّه يحبس فيه إحياء لولده هذا إذا كان الولد صغيراً، ولا مال له، وإِنَّما قيد بدين الولد؛ لأَنَّ الرَّجل في دَين والده يحبس[(٢)].

(وَلَو مرض فِي الْحَبْس لَا يخرج إِن كَانَ لَهُ من يَخْدمه فِيهِ، وإِلَّا أخرج)؛ لئلا يهلك، ولا يخرج لجمعة، ولا جنازة، ولو أعطى كفيلاً، ولا لموت قريب، إلا إذا لم يجد من يجهزه، فيخرج لقرابة الولاء، وفي رواية يخرج، وإن وجد من يجهزه، ولا يمنع قريبه وجيرانه من الدخول عليه، لكن لا يمكنون من المكث طويلاً.

(وَلَا يُمكن المحترف من اشْتِغَاله فِيهِ هُوَ الصَّحِيح) ليضجر قلبه، فيبعث على قضاء دَينه.

اعلم أن هذه المسألة لم تذكر في الكتب التي نقل عنها في هذا المحل، بل ذكرت في كتاب الحَجْر من الهداية، وكذا قوله: (وَيُمكن من وَطْء جَارِيَته إِن كَانَ فِيهِ خلْوَة)؛ لأَنَّه قضاء إحدى الشهوتين[(٣)]، (وَإِذا تمت الْمدَّة، وَلم يظْهر لَهُ مَال خلّى سَبيله) هذا تكرار، كما لا يخفى،

= النسفي، حفظ المبسوط، وورد نيسابور، وأقام بها متفقها، ثم قدمها حاجاً، فحدث بها، وكتب ببخارى في سنة تسع وخمسين، وعقد له مجلس الإملاء، (ت: ٣٨١هـ). ينظر: الجواهر المضية: (١٠٧/٢ ـ ١٠٨).

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٦١ والهداية: (١٠٥/٣)، مجمع الأنهر: (١٦١/٢).

(٣) ينظر: الهداية: (٢٨٣/٣) والعناية: (٢٧٧/٩).

(وَلَا يحول بَينه وَبَين غُرَمَائه) بعد خروجه من الحبس، (بل يلازمونه، وَلَا يمنعونه من التَّصَرُّف وَالسّفر)؛ لقوله: لصاحب الحق يدٌ ولسان، أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي، كذا في الهداية في كتاب الحَجْر، (وَيَأْخُذُونَ فضل كَسبه، وَيقسم بَينهم بِالْحِصَصِ)، لا يستولد حقوقهم في القوة، (والملازمة أنْ يدوروا مَعَه حَيْثُ دَاره، فإنْ دخل دَاره جَلَسُوا على الْبَاب) إلى أن يخرج؛ لأَنَّ الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة[1].

(وَلَو كَانَ الدّين لرَجل على امْرَأَته لَا يلازمها)؛ لما فيه من الخلوة بالأجنبية، (بل يبْعَث امْرَأَة تلازمها، وَقَالا: إِذا فلسه الْحَاكِم يحول بَينه وَبَين) الحاكم يحول بينه وبين (غُرَمَائه إِلَى أنْ يبرهنوا أنَّ لَهُ مَالاً)؛ لأن القضاء بالإفلاس [يصح عندهما، فتثبت العسرة، ويستحق النظرة إلى الميسرة، وعند أبي حنيفة: لا يتحقق القضاء بالإفلاس[2]][3]؛ لأن مال الله غاد ورائح؛ ولأن وقوف الشهور على عدم لا يتحقق إلا ظاهراً، فيصلح للدفع لا لإبطال الحق في الملازمة، كذا في كتاب الحَجْر من الهداية[4].

والمديون لا يضرب في السجن، ولا يقيد، ولا يغل، إلا إذا امتنع عن الإنفاق عن قريبه، وإذا لم يقسم بين نسائه، ووعظه، فلم يرجع، ولباس المفلس ومسكنه لا ينزع عنه بخلاف السلاح والفرس.

❊ ❊ ❊

فصل

(إِذا شهدُوا عِنْد القَاضِي على خصم حَاضر)، وهو المدعى عليه؛ (حكم بهَا)؛ أي: بالشهادة لوجود الحجة، (وَكتب بالحكم) بأن يقول:

---

(١) ينظر: المصدران السابقان.
(٢) ينظر: الجوهرة النيرة: (١/٢٤٧)، والبناية: (١١/١٢٤).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) ينظر: الهداية: (٣/٢٨٣).

حكمت بذلك، أو ثبت عندي، فإن هذا حكم، وهذا حكم، (وَ)هذا المكتوب (هُوَ السّجل) وهو كتاب قاض ذكر فيه حكمه سواء كان منه إلى قاضي آخر أو لا، الثاني ظاهر، والأول يكون في صورة الاستحقاق؛ فإن المدعى عليه إذا كان محكوماً عليه، وأراد الرجوع على بائعه، وهو في بلدة أخرى، وطلب من القاضي أن يكتب حكمه إلى قاضي تلك البلدة؛ يحصل حقه بكتابة القاضي، ويكون أيضاً سجلاً؛ لتضمنه الحكم(١).

(وَإِن شهدُوا على) خصم (الْغَائِب) [أ/٢٨٠] (لَا يحكم) بتلك الشهادة؛ لأَنَّ القضاء على الغائب لا يجوز عندنا، إلا بشرط وسيجيء، وعند الشافعي: يجوز بإقامة البينة مطلقاً(٢)، (بل يكْتب) القاضي (بهَا)؛ أي: بالشهادة (ليحكم الْمَكْتُوب إِلَيْهِ) بالشهادة، (وَهُوَ)؛ أي: الذي يكتبه (كتاب القَاضِي إِلَى القَاضِي) وأنه لا يجوز فيما دون السفر في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف: «إنه لو كان بحال لو غدا إلى باب القاضي لا يمكنه الرجوع إلى منزله في يومه هذا يجوز، وعليه الفتوى»(٣).

(وَالْكتاب الْحكمِي) سُمي به؛ لأَنَّ المقصود به حكم المكتوب إليه (وَهُوَ)؛ أي: هذا الكتاب (نقل الشَّهَادَة فِي الْحَقِيقَة)؛ لأَنَّ مضمونه ذلك، (وَيقبل فِي كل مَا لَا يسْقط بِالشُّبْهَةِ) [دل بمفهومه على أنه لا يقبل في الحد والقود؛ لأنهما يسقطان بشبهة، فلا يجوز إثباته بالكتاب الحكمي الذي هو نقل الشهادة في الحقيقة؛ لأَنَّ فيه شبهة البدلية، كما لم يجز بالشهادة على الشهادة](٤) (كَالدّين) فإِنَّه يُعرف بالقَدْر، والوصف(٥).

---

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٦٢، والعناية: (٢٨٦/٧).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير: (٥٠٩/٦)، والنجم الوهاج: (٢٥٤/١٠).
(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٦٢، والعناية: (٢٨٦/٧).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: المبسوط: (٩٧/١٦)، وتبيين الحقائق: (١٨٣/٤)، مجمع الأنهر: (٢٣٠/٣).

ولا يحتاج فيه إلى الإشارة عند الدعوى، والشهادة، (وَالْعَقار)، فإِنَّه يعرف بالتحديد، ولا يحتاج فيه إلى الإشارة، (وَالنِّكَاح) والطلاق بأن ادعت طلاقاً على زوجها، والشفعة، والوكالة، والوصية، والوفاة، والإرث: بقية الشيء، والميراث، والرماد، والأمر القديم توارثه الآخر عن الأول[(١)]، والقتل الموجب للمال، (وَالنّسب) للحي، والميت، (وَالْغَصْب وَالْأَمَانَة، وَالْمُضَارِبَة المجحودتين)، قيّد (الأمانة، والمضاربة) بالمجحودتين؛ ليكون بمنزلة الدَّين؛ إذ لو لم تكن مجحودة؛ لصار من جملة الأعيان المنقولة، ولا يُقبل كتاب القاضي فيها للحاجة إلى الإشارة، وإنَّما يُقبل في هذه الأشياء؛ لأنَّ كل ذلك سوى العقار بمنزلة الدَّين، (وَعَن مُحَمَّد: قَبُوله فِي كل مَا ينْقل، وَعَلِيهِ الْمُتَأَخرُونَ وَبِه يُفْتى)؛ للحاجة إليه[(٢)].

ويمكن تعريفه بأوصافه ومقداره وغير ذلك، وعن أبي يوسف: إنه يُقبل في العبد دون الأمة، لكثرة إباقه دونها، وعنه: إنه يقبل فيهما، وصورته: أن يكتب أنهم شهدوا عنده أنَّ عبداً لفلانٍ، ويذكر اسمه، وحليته، وجنسه أبق منه، وقد أخذه فلان، (وَلَا بُد أَنْ يكون من مَعْلُوم إِلَى مَعْلُوم بأنْ يَقُول: من فلَان إِلَى فلَان، وَيذكر)[(٣)]؛ أي: لا بد أن يذكر (نسبهما) إلى أبيهما وجدهما، وقبيلتهما، فإن لم يذكر اسم الأب ولا الجد لا يحصل التعريف بالاتفاق، (فَإِن شَاءَ قَالَ بعده: وَإِلَى كل من يصل إِلَيْهِ من قُضَاة الْمُسلمين ويقرؤه)؛ أي: لا بد أن يقرأ القاضي الكاتب (على من يشهدهم عَلَيْهِ، وَيُعلمهُم بِمَا فِيهِ)؛ لأنه لا شهادة بدون العِلْم[(٤)].

(وَتَكون أَسمَاؤُهُم دَاخِلَة) بالكتاب (ويختمه)؛ أي: الكتاب (بحضرتهم ويحفظوا مَا فِيهِ ويسلمه)؛ أي: الكتاب المختوم (إِلَيْهِم)، [أي:

---

(١) ينظر: المعجم الوسيط: (١٣/١)، والمغرب: (٣٤٩/٢).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/ ١٨٣)، والبحر الرائق: (٢/٧).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/ ١٨٣)، والبحر الرائق: (٢/٧)، والاختيار: ٩١/٢.

(٤) ينظر: العناية: (٢٧٨/٧)، ودرر الحكام: (٤١٣/٢).

إلى الشهود، وفقاً لتهمة التغيير][١]، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، (وَأَبُو يُوسُف لم يشْتَرط شَيْئاً من ذَلِك) في الشروط المذكورة[٢] (سوى إشهادهم أَنَّه كِتَابه)، فسهل في ذلك (لما ابْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ)؛ [أي: حين ابتلاه جوز شهادتهم على أنه كتابه، وإن لم يعلموا ما فيه[٣]][٤].

(وَاخْتَارَ) الإمام (السَّرخسِيّ قَوْله)؛ أي: قول أبي يوسف تيسيراً للناس[٥]، (وليس الخبر كالعِيَان)، قال في الخلاصة: «وعليه عمل الناس إلى اليوم فالحاصل أن سجل القاضي إلى القاضي لا يكون إلا بعد الحكم، وكتاب القاضي إلى القاضي الذي هو نقل الشهادة لا يكون إلا بعد الحكم، وكتاب القاضي إلى القاضي الذي هو نقل الشهادة لا يكون إلا قبل الحكم، (وَإِذا وصل إِلَى) القاضي (الْمَكْتُوب) إليه الكتاب (نظر إِلَى خَتمه وَلَا يقبله)؛ أي: الكتاب القاضي المكتوب إليه (إِلَّا بِحَضْرَة الْخصم) الذي في بلده؛ لأَنَّه بمنزلة الشهادة على الشهادة؛ إذ الكاتب ينقل ألفاظ الشهود، فيشترط حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب الشهادة؛ لأَنَّ ذا المنتقل لا الحكم[٦].

(وبشهادة رَجلَيْنِ أَو رجل وَامْرَأَتَيْنِ)؛ لأن الكتاب قد يزور، وينتقل، والخط يشبه الخط، والخاتَم يشبه الخاتَم، فلا يثبت إلا بحجة تامة (أَنَّه كتاب فلَان، فَلَا القَاضِي قَرَأَهُ علينا، وختمه، وَسلمهُ إِلَيْنَا فِي مجْلِس حكمه، وَعند أبي يُوسُف: إِنَّه كتاب فلَان، وختمه، وَعنهُ: إِنَّ الْخَتْم لَيْسَ بِشَرْط، فَإِذا شهدُوا؛ فَتحه) القاضي المكتوب إليه، (وقرأه على الْخصم وألزمه مَا فِيهِ)؛ أي: في ذلك الكتاب إن بقي الكاتب قاضياً، (وَيبْطل

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: المبسوط: (١٦/٩٥)، والبحر الرائق: (٧/٣).
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: (٤/١٨٣).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: المبسوط: (١٦/٩٥).
(٦) ينظر: المبسوط: (١٦/٩٧)، والنهر الفائق: (٣/٦٢٢).

الْكتاب بِمَوْت الْكَاتِب)؛ لأنه بمنزلة الشهادة، وعن أبي يوسف: إنه يقبل بعد موته أيضاً، **(وعزله قبل وُصُول الْكتاب، وبموت)** القاضي **(الْمَكْتُوب إِلَيْهِ)** وعزله[١].

وكذا لو جن الكاتب، أو ارتد، أو قذف بحد، أو أعمي **(إلا)**؛ أي: يبطل بموت المكتوب إليه **(إِلَّا إِنْ كتب بعد اسْمه)**؛ أي: اسم المكتوب إليه، **(وَإِلَى كل من يصل إِلَيْهِ)** [مفعول كتب **(من قُضَاة الْمُسلمين)**، فحينئذ لا يبطل بموت المكتوب إليه، فيقبله من يصل إليه من القضاة][٢]، وينفذه، فإِنَّه لما عرف الأول صحت لنا به إليه، فيجعل غيره تبعاً له، وكم شيء يثبت تبعاً، ولا يثبت قصداً **(لَا)** يبطل **(بِمَوْت الْخصم)**، وهو المدعى عليه، **(بل ينفذ)** القاضي الكتاب **(على وَارثه)** لقيامه بمقامه، **(وَإِذا علم القَاضِي بِشَيْء من حُقُوق الْعباد فِي زمن ولَايَته ومحلها؛ جَازَ لَهُ أَن يقْضِي بِهِ)**؛ لأن علمه شهادة الشاهدين، بل أولى؛ لأَنَّ اليقين حاصل لما علمه بالمعاينة[٣].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٦٣، والبحر الرائق: (٤/٧).

(٢) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٦٣، والبحر الرائق: (٤/٧).

فصل
ويجوز قضاء المرأة

(ويجوز قضاء المرأة في[1] غير حد[2] وقود)[3]؛ لأنَّ شهادتها لا تُقبل فيهما، فلا يصح قضاؤها فيها، وفي شرح الجامع: لو قضىٰ القاضي في الحدود بشهادة رَجل وامرأتين نفذ قضاؤه، وليس لغيره إبطاله؛ لأنه قضى في فصل مجتهد فيه، فإن شريحاً[4] وبشراً أجازا[5] شهادة النساء في الحدود[6].

---

(١) (في) سقط من: (أ).

(٢) الحد لغة: المنع، واصطلاحاً: عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى، وعلى هذا فلا يُسمَّى التعزير حداً؛ لأنه غير مقدر، ولا يُسمَّى القصاص حدّاً أيضاً؛ لأنه وإن كان مقدراً، لكنه يجب حقاً للعبد، فيجري فيه العفو والصلح بخلاف الحد. ينظر: المبسوط: ٣٦/٩، وبدائع الصنائع: ٣٣/٧، ولسان العرب: ٣٣١/٢ مادة حد.

(٣) القود: بفتح القاف والواو هو القصاص، والقصاص لغة: مأخوذ من قص الأثر، وهو اتباعه، أو بمعنى القطع. واصطلاحاً: مجازاة الجاني بمثل فعله، وهو القتل على الوجه المشروع، وسمي قصاصاً؛ لأن المعتبر فيه المساواة، وسمي قوداً؛ لأنهم كانوا يقودون الجاني إلى مكان القصاص بحبل ونحوه. ينظر: لسان العرب، مادتي (قود) و(قصص) ٣٧٢/٣، وتبيين الحقائق: ١٠٦/٦، وحاشية الباجوري: ٢٠١/٢.

(٤) ينظر: خليج البحار: ص١٨٢٧.

(٥) في (ج): (أجاز).

(٦) جواز شهادة النساء في الحدود فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه، وقال بعضهم عنه: غريب، ورويَ عن الزهري قوله: «مضت السُّنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن»، وروي نحو ذلك موقوفاً على عمر وغيره، والآثار الدالة على عدم جواز شهادة النساء في الحدود أصح من الدالة على جوازها. ينظر: مصنف عبد الرزاق: ٣٣٠/٧ ـ ٣٣٣، ومصنف ابن أبي شيبة: ٥٣٣/٥، والمحلى، لابن حزم: ٤٧٦/٨ وما بعدها، وتنقيح التحقيق: ١٨٠/٢، ونصب الراية: ٧٩/٤ ـ ٨٠، والبدر المنير: ٦٧٥/٩، والتلخيص الحبير: ٤٩٤/٤، ومختصر القدوري: (ص ٢٦٦)، والعناية: (٢٩٧/٧).

[استخلاف القاضي]

(ولا يستخلف قاضٍ)؛ أي: لا ينصب نائباً؛ لأن المفوض إليه القضاء لا التقليد، ولا يتصرف في غير ما فوض إليه كالوكيل ولا يوكل بلا إذن الموكل (إلا أن يفوض) الإمام (إليه ذلك)؛ أي: الاستخلاف، بأن قيل له من قبل السلطان: ولِّ من شئت، فحينئذ يجوز له أن يستخلف، (بخلاف المأمور بالجمعة) حيث يجوز له استخلاف غيره[1]، وإن لم يأذن الإمام إمام[2] الجمعة بالاستخلاف؛ لأنه على شرف الفوات؛ لتوقته، فكان الأمر به إذناً في الاستخلاف دلالة[3]، ولا كذلك[4] القضاء[5].

(وإذا استخلف المفوض إليه، فنائبه لا ينعزل بعزله)، الضمير إما أن يعود إلى النائب؛ أي: بعزل المفوض إليه النائب، أو المفوض إليه على أنه فاعل، والمفعول هو النائب، أو مفعول[6]، والفاعل هو الوالي، وأنسب الوجوه هو الوجه [أ/٢٨١] الثاني؛ للسياق والسابق، وإنما لا[7] ينعزل بعزله؛ لأن النائب حينئذ في الحقيقة نائب الوالي، فكأن السلطان نصب قاضيين، فلا ينعزل أحدهما بعزل[8] الآخر.

(ولا) ينعزل (بموته بل هو)؛ أي: (نائب) المفوض إليه نائب (الأصيل)[9] حقيقة؛ أي: السلطان إشارة إلى ما ذكرنا من دليل عدم انعزاله بالعزل، والموت، (وغير المفوض)؛ يعني: إذا لم يفوض إلى

(١) في (أ): (غير).
(٢) (إمام) سقط من: (أ).
(٣) أي: من حيث دلالة النص.
(٤) في (ج): (كذا).
(٥) ينظر: الهداية: ١٠٦/٣، والاختيار: (٨٤/٢)، والعناية: (٢٩٨/٧).
(٦) في (ج): (ومفعول).
(٧) في (أ) و(ج): (لم).
(٨) في (ب): (بموت).
(٩) في (أ) و(ج): (الأصل).

القاضي أن يستخلف الغير فاستخلف، (**إن قضى نائبه**[١] **بحضرته، أو بغيبته، فأجازه؛ جاز كما في الوكالة**)؛ يعني: الوكيل، بالبيع والشراء إذا وكل غيره، فباشر وكيله بحضرته، أو بغيبته، فأجاز، جاز؛ لأن المقصود حصول رأي الأول، وقد حصل[٢].

❊ ❊ ❊

[إذا رفع إلى القاضي حكم الحاكم]

(**وإذا رفع إلى القاضي حكم قاض آخر في أمر اختلف فيه الصدر الأول**)، وهو زمان الصحابة ﵃ (**أمضاه**)؛ لأن اجتهاد الأول تأكد بالقضاء، فيرجح[٣] على اجتهاد القاضي الثاني (**إن لم يخالف**) حكم ذلك القاضي (**الكتاب**): كالقضاء بحل متروك التسمية عمداً، فإنه مخالف؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] أو لم يخالف حكمه (**السُّنَّة المشهورة**)[٤]: كالقضاء بحِلّ المطلقة ثلاثاً بنكاح الزوج الثاني بلا وطءٍ بنكاح الزوج الثاني على مذهب سعيد بن المسيب والأوزاعي[٥]، ومالك والشافعي، فإنه مخالف للسُّنَّة المشهورة، وهو قوله ﷺ: «**لا حتى تذوقي عسيلته... الحديث**»[٦]،

---

(١) في (أ): (نائبيه).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية: ٤٦/٩ ـ ٤٧ ـ ٤٨، ودرر الحكام: (٤٠٨/٢)، والبحر الرائق: (٢٨٢/٦).

(٣) في (ج): (فيرجع).

(٤) السنة المشهورة: هي ما رواها عن رسول الله صحابي أو اثنان أو جمع لم يبلغ حد التواتر، ثم رواها عن هذا الراوي جمع من جموع التواتر، ورواها عن هذا الجمع جمع مثله، وعن هذا الجمع جمع مثله، حتى وصلت إلينا بسند، أو لطبقة فيه سمعوا من الرسول قوله، أو شاهدوا فعله فرد، أو فردان، أو أفراد لم يصلوا إلى جمع هؤلاء جمع لا يتفق أفراده على كذب. ينظر: علم أصول الفقه: ص٤١.

(٥) ينظر: خليج البحار: ص١٢٢٠.

(٦) ينظر: صحيح البخاري: ٤٢/٧، كتاب: الطلاق، باب: من أجاز طلاق الثلاث.

أو لم يخالف حكمه (الإجماع)، بأن كان قولاً لا دليل عليه: كالقضاء بحل متعة النساء؛ لأن الصحابة قد أجمعوا على فساده[١]، فحاصل هذا أن القاضي إذا قضى في مجتهد[٢] فيه يصير مجمعاً عليه، يجب على قاضٍ آخر تنفيذه، وهذا إذا حكم على وفق مذهبه، أما إذا حكم على خلاف مذهبه فسيأتي.

(وما اجتمع عليه الجمهور)؛ أي: أكثر[٣] الناس **(لا يُعتبر فيه خلاف البعض)**، ذكر في أصول[٤] الفقه: أن العلماء اختلفوا في أن الإجماع هل ينعقد باتفاق أكثر المجتهدين، أو لا بدَّ من اتفاق الكل؟

---

(١) نكاح المتعة: كأن يتزوج الرجل إلى شهر أو سنة طال الأجل أم قصر، فإذا انقضت المدة وقعت الفرقة من غير طلاق، لم يقل الآن أحد بهذا النكاح غير الإمامية وهي عندهم غير منسوخة، ولا يشترط فيها - عندهم - إشهاد ولا إعلان، بل يشترطون فيه ذكر مقدار المهر والأجل، ولم يثبتوا به توارثاً بين الزوجين، وإن حصل ولد لحق نسبه بأبيه، والجمهور قالوا: بنسخ المتعة ومحرَّمٌ الإتيانُ بِها، فالإجماع الذي نقله المؤلف نقله غير واحد من العلماء بينما قال بعضهم: انعقد الإجماع مؤخراً بعد أن فَنِيَ القائلون بالحل، وما نقل عن بعض الصحابة والتابعين نسبة القول إليهم بحل نكاح المتعة فقد حقق فيها كثير من العلماء والباحثين فتوصلوا إلى أن من نسب إليهم القول بالحل إما أنهم لم يعلموا بنسخها، فلما علموا تراجعوا عن ذلك، وإما أن الروايات لم تصح نسبتها إليهم بل بعضهم لما سمع أنه يروى عنه ذلك أنكر. ينظر: صحيح مسلم مع هامش النووي: ١٨٦/٩، وتفسير القرطبي: ١٣٠/٥ - ١٣٣، وعمدة القاري: ٢٤٦/١٧، وشرائع الإسلام: ٣٠٣/٢، والسنن الكبرى، للبيهقي: ٢٠٤/٧، والمحلى: ٥١٩/٩، ونيل الأوطار: ٥٣٠/٦، ومصنف عبد الرزاق: ٥٠٠/٧، والترمذي: ١٨٢/٢، والمنتقى شرح الموطأ: ٣٣٤/٣، وشرح معاني الآثار: ٢٤/٣، والمغني: ٥٧١/٧، والاعتبار في الناسخ والمنسوخ للحازمي: ص/١٣٧، وفتح الباري: ١٣٨/٩، والكافي في فقه أهل المدينة: ٥٣٣/٢، والإقناع في مسائل الإجماع: ١٧/٢، والاختيار لتعليل المختار: ٨٩/٣، والمجموع شرح المهذب: ٢٥٤/١٦ وما بعدها، ومسائل من الفقه المقارن: ١٦٢/٢ - ١٨٣.

(٢) في (أ): (تجهد).

(٣) في (أ): (كثير).

(٤) في (ج): (الأصول).

ففي الهداية اختار: أن اتفاق الأكثر كافٍ، ففي مقابلة اتفاق الأكثر لا يُعتبر خلاف الأقل، وفي كتب أصول[1] الفقه: رجحوا ذلك[2]، والمذهب: هو أن اختلاف الأقل في مقابل الأكثر معتبر، فإن واحداً من الصحابة ربما خالف الجمع الكثير، ولم يقولوا: نحن أكثر منك، بل اعتبروا مخالفته، وأيضاً قال في الهداية: إن المعتبر الاختلاف في الصدر الأول؛ أي: الصحابة، لكن الأصح أنه لا يُعتبر ذلك[3] حتى يكون اختلاف الشافعي معتبراً.

❊ ❊ ❊

[حكم ما قضى به القاضي]

(والقضاء بحل أو حرمة ينفذ ظاهراً)؛ أي: في الشرع، (وباطناً)؛ أي: عند الله، (ولو كان) ذلك القضاء (بشهادة زور إذا ادعى) الحل، أو الحرمة (بسبب معين)؛ يعني: العقود[4] كالنكاح، والنسب، والبيع، والشراء، والإجارة[5]، والفسوخ: كالفرقة بطلاق، والإقالة[6]، والرد

---

(١) في (ج): (الأصول).

(٢) ينظر: أصول السرخسي: ٣١٥/١ وما بعدها، أصول البزدوي (كنز الوصول إلى معرفة الأصول للبزدوي): ٢٤٣/١ وما بعدها، تيسير التحبير: ٢٤٥/٣، والمنخول للغزالي: ص٤١٢.

(٣) ينظر: الهداية: ١٠٧/٣.

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٣٠٦/٧.

(٥) الإجارة لغة: ما أعطيت من أجر في عمل. واصطلاحاً: عقد على المنافع بعوض، ينظر: العين: ١٧٣/٦، الهداية: ٢٣٠/٣.

(٦) الإقالة لغة: هي رفع العقد بعد وقوعه اصطلاحاً: رفع العقد الواقع بين المتعاقدين. ينظر: الكليات: ١٥٩/١، والجوهرة النيرة: ٢٠٧/١، وسبل السلام، للصنعاني: ٣١/٣.

بالعيب، وفي الهبة[١]، والصدقة عنه روايتان[٢]، **(وعندهما: لا ينفذ)** باطناً **(بشهادة الزور، فلو أقامت بينة زور أنه تزوجها، وحكم به حل لها تمكينه)** عند أبي حنيفة **(خلافاً لهما)**، فإنه لا يحل، وهو ظاهر، وأما مذهب أبي حنيفة، فمشكل جداً، فإن الحرام المحض كيف يكون سبباً للحل فيما بينه وبين الله تعالى؟

وجوابه: إنا لم نجعل الحرام المحض وهي الشهادة الكاذبة من[٣] حيث إنها[٤] أخبارٌ كاذبة سبباً للحل، بل حكم القاضي صار[٥] كإنشاء عقد جديد، وهو ليس حراماً، بل هو واجب؛ لأن القاضي غير عَالِم بكذب الشهود، أقول: ينبغي أن يفتي بقولهما[٦].

(وفي الأملاك المرسلة)؛ أي: المطلقة[٧]، وهي التي لم يذكر لها سبب معين؛ يعني: لو قضى بشهادة الزور في الأملاك المرسلة في الجارية ينفذ ظاهراً، **(لا ينفذ باطناً اتفاقاً)**؛ لأن إثبات المِلْك المطلق بغير سبب ليس في وسع البشر، فتعين الإلغاء، بخلاف ما إذا ادعى سبباً معيناً كالبيع والشراء على ما مر.

(والقضاء في مجتهد فيه) الباء في قوله: **(بخلاف رأيه)** متعلق بالقضاء، بخلاف الرأي: خلاف أصل المذهب: كالحنفي إذا حكم على مذهب الشافعي، أو نحوه[٨]، أو بالعكس، وأما إذا حكم الحنفي بما

---

(١) الهبة: عبارة عن تمليك الأعيان بغير عوض. ينظر: الجوهرة النيرة: ١/٣٢٤، وتبيين الحقائق: ٥/٩١.

(٢) وفي رواية: ينفذ كما في الشراء والنكاح، وفي رواية: لا ينفذ، وهذا عند أبي حنيفة. ينظر: تبيين الحقائق: ٤/١٩١.

(٣) في (أ): (في).

(٤) زيد في(أ) ـ في هذا الموضع ـ (فسخ).

(٥) في (أ) و(ج): (فصار).

(٦) ينظر: البناية شرح الهداية: ٩/٥٢.

(٧) ينظر: طلبة الطلبة: ص١٣٣، المغرب: ص١٨٨، العناية شرح الهداية: ٣/٢٥٥.

(٨) في (ب): (ونحوه).

ذهب إليه أبو يوسف، أو محمد، أو نحوهما من أصحاب الإمام، فليس حكماً بغير رأي (ناسياً) مذهبه، أو (عامداً؛ لا ينفذ عندهما، وبه يُفتى)[(١)]، قال في الهداية: وعندهما: لا ينفذ في الوجهين[(٢)]؛ لأنه قضى بما هو خطأ عنده، وعليه الفتوى[(٣)]، ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرناه، انتهى؛ أي: من الكتاب، أو السنة المشهورة، أو الإجماع، (وعند الإمام: ينفذ لو ناسياً) في الكافي: وعليه الفتوى، (وفي العمد روايتان) عن أبي حنيفة، وجه النفاذ: أنه ليس بخطأ بيقين[(٤)].

(ولا يقضى على غائب) أصلاً، ولا لغائب؛ لقوله ﷺ لعلي: «لا تقضِ لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر»[(٥)]، وقال أبو يوسف: إن أنكر ثم غاب يقضى عليه[(٦)]، وقال الشافعي: يجوز [القضاء][(٧)] على الغائب بالبينة[(٨)] (إلا بحضرة نائبه)؛ أي: نائب الغائب (حقيقة)؛ أي: بإنابته[(٩)] (كوكيله)، أو وصيه؛ لأنهما يقومان مقامه، (أو شرعاً)؛ [أي:

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٨٩/٢.

(٢) أي: وجه النسيان والعمد.

(٣) ينظر: الهداية: ١٠٧/٣، والبناية شرح الهداية: ٥٠/٩.

(٤) (لأن رأيه يحتمل الخطأ، وإن كان الظاهر عنده الصواب، ورأي غيره يحتمل الصواب وإن كان الظاهر عنده خطؤه، فليس واحد منهما خطأ بيقين، فكان حاصله قضاءً في محل مجتهد فيه فينفذ، ووجه عدم النفاذ: أن قضاءه مع اعتقاد أنه غير حق عبثٌ، فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القِبْلة، فوقع تحريه إلى جهةٍ، فصلى إلى غيرها؛ لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه). فتح القدير: ٣٠٤/٧.

(٥) مسند أحمد: ١٠٣/٢، بلفظ عن علي قال: قال لي النبي ﷺ: «إذا تقدم إليك خصمان، فلا تسمع كلام الأول، حتى تسمع كلام الآخر، فسوف ترى كيف تقضي، قال: فقال علي: فما زلت بعد ذلك قاضياً»، سنن الترمذي: قال أبو عيسى: (هذا حديث حسن): (٦١٨/٣).

(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٨٧/٢.

(٧) سقط من: (ب).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير: ٢٩٦/١٦.

(٩) في (ج): (نائبه)، (بإنابته) سقط من: (ب).

بإنابة القاضي][1] (**كوصي نصبه القاضي**): كما إذا كان المدعى عليه ميتاً، وله صغير غائب قد نصب له وصياً، ولو نصب القاضي وكيلاً عن الغائب، لا يجوز القضاء عليه في الأصح، (**أو حكماً بأن كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر**)، فحينئذ يجوز الحكم على الغائب[2] كمن ادعى[3] داراً في يد غيره، أو أنكر وادعى أنها مِلْكه، وأقام المدعي البينة أنه اشتراها من فلان الغائب؛ تُقبل بينته، ويثبت الحكم على الغائب، والحاضر، [حتى][4] إذا[5] حضر الغائب لزمه، ولا[6] يحتاج إلى إعادة البينة، وله نظائر كثيرة مذكورة في المطولات.

(**فإن كان**) ما يدعيه على الغائب (**شرطاً**) لما يدعيه على الحاضر، فإن كان الغائب يتضرر بالشرط؛ (**لا يصح**) القضاء على الحاضر والغائب، مثل: أن تقول المرأة لزوجها: [إنَّك][7] علقت طلاقي بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثاً؛ وأقامت بينة أن فلاناً طلق زوجته ثلاثاً؛ لم تُقبل بينتها[8]؛ لأنه يتضرر لذلك، وإن كان لا يتضرر تُقبل بأن قالت: علقت طلاقي بدخول فلان الغائب الدار، فأقامت[9] بينة أنه[10] دخل الدار تقبل؛ لأنه لا ضرر عليه[11].

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٨٧/٢.
(٣) في (أ) و(ج): (يدعي).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) في (ج): (وإذا).
(٦) في (أ) و(ب): (لا).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) ينظر: العناية شرح الهداية: ٣١٠/٧ ـ ٣١١.
(٩) في (ج): (بأن قامت).
(١٠) زيد في (ج).
(١١) ينظر: العناية شرح الهداية: ٣١١/٧.

(ويقرض القاضي مال اليتيم) ومال الغائب؛ لأن في الإقراض مصلحة؛ لبقاء المال محفوظاً مضموناً، والقاضي يقدر على استخلاصه [من المستقرض][(١)]، **(ويكتب ذكر الحق)**، وهو القرض ليحفظه؛ لأنه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه[(٢)]، ووقعت العبارة في الهداية: كما في هذا[(٣)] المتن، ويكتب [أ/٢٨٢] ذكر الحق، قال ابن الهمام: وهو المسمى في عرفنا حجة: وهو الصك، وألحق ههنا الإقراض. انتهى، فتأمل.

(ولا يجوز ذلك للوصي، ولا للأب في الأصح؛ لعجزهما) عن الاستخلاص[(٤)].

※ ※ ※

فصل
في التحكيم وما يتعلق به من مسائل

وهو في اللغة: جعل غيره حاكما[(٥)]، وفي الشرع: أن يتفق خصمان على جعل ثالث حكماً بينهما[(٦)]، ويرضيا بحكمه.

(ولو حكّم الخصمان من يصلح قاضياً)؛ أي: من لم يتصف بما ينافي القضاء، [فلا يصح تحكيم الكافر ولو ذمياً، والعبد والصبي، والمحدود في القذف، وصح تحكيم المرأة ـ لما مرَّ أنها تصلح للقضاء ـ، ولو حكَّما الفاسق، وحَكَم؛ ينفذ حكمه عندنا][(٧)] **(ليحكم بينهما)**، ففعل

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) ينظر: الهداية: ١٠٧/٣، والعناية شرح الهداية: ٣١٤/٧.
(٣) (هذا) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: الهداية: ١٠٧/٣.
(٥) ينظر: لسان العرب: ١٤٢/١٢، وما بعدها، مادة حكم.
(٦) ينظر: الدر المختار في شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: ص٤٧٤.
(٧) من قوله: (فلا يصح تحكيم) إلى قوله: (عندنا) سقط من: (ب).

وحكم على أحدهما (صح) تحكيمهما لولايتهما على أنفسهما[(١)]، (ونفذ حكمه عليهما)؛ أي: على أيٍّ من حكم عليه منهما؛ لأنهما رضيا بحكمه إذا حكم (ببينة، أو إقرار)، ومعنى الحكم بينهما بالبينة: رفع نزاع بينهما بها، [ومعنى الحكم بالإقرار: الإلزام على المقر بموجبه][(٢)(٣)] (أو نكول)[(٤)] عن اليمين.

(وإخباره)؛ أي: إخبار الحكم (بإقرار أحد الخصمين، و) إخباره (بعدالة الشاهد) الذي شهد عنده مقبول (حال ولايته)؛ أي: ما دام الخصمان [راضيين][(٥)] بحكمه[(٦)]، والظرف متعلق بالإخبار، فلو قال لأحدهما، وهو حكم: قد أقررت عندي بكذا، أو قامت البينة عليك عندي بكذا، وعدلوا عندي، وحكمت عليك، وهو ينكر الإقرار، وإقامة البينة؛ لا يلتفت إلى إنكاره؛ لأن إقراره حال ولايته قائم مقام شاهدين؛ كالقاضي المولى، فيلزمه ما أخبره به بخلاف ما لو قال ذلك بعد الحكم، فإنه لا يُقبل قوله ولا يلزمه[(٧)] ما أخبره به؛ لأنه إذا حكم انعزل، فصار كواحد من الرعايا: كالقاضي المعزول، (ولكل منهما)؛ أي: لكل واحد من الخصمين اللذين[(٨)] حكماه (أن يرجع) عن التحكيم (قبل حكمه) عليه، أو على خصمه؛ لأن حكمه موقوف على رضاهما، فإذا رجع واحد منهما قبل تنفيذ الحكم ينعدم الحكم؛ لعدم الرضا (لا بعده)؛ أي: لا يجوز له الرجوع بعد أن حكم المحكم؛ لأن حكمه

(١) في (ج): (نفسهما).
(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٤١١/٢.
(٣) من قوله: (ومعنى الحكم) إلى قوله: (بموجبه) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: الهداية: ١٠٨/٣، والعناية شرح الهداية: ٣١٧/٧.
(٥) في كل النسخ: (راضيان)، وهو خطأ نحوي واضح؛ لأنه خبر (ما دام) وهو منصوب بالياء. ينظر: شرح قطر الندى: ص١٢٩.
(٦) في (أ) و(ج): (بحكم).
(٧) في (أ) و(ب): (يلزم).
(٨) في (أ) و(ج): (الذين).

صدر عن ولاية شرعية عليهما، فالقاضي إذا حكم لزم[(١)]، ثم بالعزل لا يبطل حكمه، فكذا ههنا.

(وإذا رفع حكمه إلى قاض) من قضاة المسلمين؛ **(أمضاه إن وافق حكمه مذهبه)**؛ أي: مذهب القاضي؛ إذ لا فائدة في نقضه، ثم في إبرامه على ذلك الوجه **(وإلا نقضه)**؛ أي: إن لم يوافق مذهب القاضي المرفوع إليه أبطله؛ لأن حكم المحكم لا يلزم القاضي؛ إذ ليس هو من[(٢)] جهته.

(ولا يصح التحكيم في حد وَقَود)؛ أي: قصاص؛ لأن كل واحد ممن يلزمه الحد، أو القود لا يملك دم نفسه، ولا[(٣)] عقوبة بدنه، ولهذا لا يملكان الإباحة، حتى لو قال رَجل لغيره: اقتلني، أو اضربني؛ لم يكن للمأمور أن يفعل ذلك، فلا يجوز [التحكيم][(٤)] فيما هو كذلك.

(ويصح في سائر المجتهدات)؛ لأن تخصيص الحدود والقصاص بعدم الجواز يدل على الجواز فيما عداهما، وهو صحيح، لكن **(قالوا)**؛ أي: مشايخنا: هو مما لا يعلم، **(ولا يُفتى به)**؛ أي: بجوازه؛ **(دفعاً لتجاسر العوام)**[(٥)]، وإقامة لحرمة الشرائع والأحكام[(٦)]، وإذا سُئل المفتي عن ذلك لا يجزم[(٧)] في الجواب بجوازه، بل يقول هذا ـ وإن كان صحيحاً ـ وله أصل في الشرع، **(ولو حكماه)**؛ أي: [لو][(٨)] حكم[(٩)]

---

(١) ينظر: الهداية: ١٠٨/٣.
(٢) في (أ): (في).
(٣) في (ج): (ولأن).
(٤) سقط من: (ج).
(٥) أي: تجاسرهم على هدم المذهب. الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤٣٠/٥.
(٦) ينظر: الهداية: ١٠٨/٣، والعناية شرح الهداية: ٣١٧/٧ ـ ٣١٨.
(٧) في (أ): (لا يجوز).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) في (أ) و(ج): (حكما).

الخصمان[١] حَكَماً (في دم خطأ، فحكم بالدية[٢] على العاقلة[٣] لا ينفذ)؛ لأنه لا ولاية له عليهم؛ إذ لا تحكيم من جهتهم[٤].

(ولا يصح حكم المحكم، ولا) القاضي (المولى) من جهة الخليفة (لأبويه، وولده، وزوجته)؛ لأن شهادته[٥] لم تجز لهم، (ويصح عليهم)؛ أي: على هؤلاء المذكورين؛ لعدم[٦] التهمة، [والمحكم][٧] والقاضي في ذلك سواء.

(ويصح) حكم القاضي (لمن ولاه، وعليه)؛ والدليل عليه: قضاء شريح مع علي ﷺ[٨]، وكذلك نائب القاضي يصح حكمه[٩] للقاضي، وعليه: لو[١٠] حَكَّم الرَّجلان رَجلين؛ جاز؛ كما لو قلد السلطان قضاء بلدة، أو قضية لقاضيين جاز، فكذا هذا، لكن لا ينفرد أحدهما بالحكم

(١) في (ب): (خصمان).

(٢) الدية لغة: مصدر ودى القاتل المقتول: إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل عن نفسه. وفي الاصطلاح: (المال الذي هو بَدَلٌ عن النفس مقدر شرعاً). ينظر: المغرب: ص٤٨٠، والمبسوط: ٨١/٥.

(٣) العاقلة لغة: هم العصبة، وفي الاصطلاح: (هم الذين يقومون بنصر دية القاتل). ينظر: تهذيب اللغة: ١٥٨/١، والجوهرة النيرة: ١٤٥/٢.

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ٩٣/٢، والعناية شرح الهداية: ٣١٨/٧.

(٥) في (أ) و(ب): (شهادتهم).

(٦) في (أ): (هدم).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) الأثر المروي عن شريح حين تولى قضية علي ﷺ مع خصم يهودي، وقضاء شريح لليهودي في الدرع الذي ادعى علي أنه سرقه منه رواه أبو نعيم وغيره، وقال أبو نعيم عنه: غريب، وقال ابن حجر: منكر، وذكر البيهقي أن الخصم نصراني لا يهودي وضعفه. ينظر: حلية الأولياء: ١٣٩/٤ ـ ١٤٠، السنن الكبرى، للبيهقي: ٢٣٠/١٠، والبدر المنير: ٥٩٨/٩، والتلخيص الحبير: ٤٦٩/٤، والكامل في التاريخ، لابن الأثير: ٧٥٠/٢، والبداية والنهاية، لابن كثير: ٥/٨.

(٩) في (أ): (حكم).

(١٠) في (أ) و(ج): (ولم).

من دون الآخر؛ كالقاضيين[١].

❊ ❊ ❊

مسائل شتى [من كتاب القضاء]

وهي كالتتمة على عادة المشايخ في تصانيفهم، وإنما وضعت بذلك؛ لأنها[٢] ليس لها ضابط ترجع إليه، ولا عنوان تعرف به يعتمد عليه[٣]، فمنها: إنه **(ليس لذي سفل عليه علو لغيره)**؛ أي: إذا كان بيتان أحدهما فوق الآخر، وكل منهما مِلْكٌ لآخر، فليس لصاحب السفل **(أَنْ يَتِدَ في سفله)**، أصله: يوتد؛ أي: ليس له أن يدق في جدار[٤] السفل وتداً[٥]، **(أو ينقب كَوّة)**؛ أي: وليس[٦] له أيضاً أن يحدث كوة: وهي ـ بفتح الكاف ـ معربة، بمعنى الثقب سواء كانت نافذة أو غير نافذة[٧] **(بلا رضى ذي العلو)**، وهذا[٨] عند أبي حنيفة[٩]، **(ولا لذي العلو[١٠] أن يبني عليه)**؛ أي: ليس له أن يبني فوق علوه[١١] علواً آخر، أو يضع عليه شيئاً [ثقيلاً][١٢] عنده أيضاً ما لم يكن قبل؛ لأن كلاً[١٣] منهما يتضرر به

---

(١) ينظر: الهداية: ١٠٨/٣.
(٢) في (ب) و(ج): (لأنه).
(٣) ينظر: البناية شرح الهداية: ٦٤/٩.
(٤) في (أ): (جواز)، وفي (ج): (جوازه).
(٥) أي: ليس لصاحب السفل أن يتد في حائط شريكه بغير رضاه. ينظر: المغرب: ص٤٧٦.
(٦) في (ج): (ليس).
(٧) ينظر: المغرب: ص٤١٩، لسان العرب: ٢٣٦/١٥.
(٨) في كل النسخ: (هذا).
(٩) ينظر: الهداية: ١٠٩/٣، العناية شرح الهداية: ٢٣١/٧.
(١٠) في (ب): (علو).
(١١) في (أ): (علواً).
(١٢) سقط من: (ج).
(١٣) في (أ): (كل).

الآخر، فإذا أراد أحدهما شيئاً مما ذكر[١]؛ فليس له ذلك بدون رضى الآخر.

(وعندهما لكل منهما)؛ أي: لكل واحد من ذلك [صاحب][٢] السفل وصاحب العلو **(فعل ما لا ضرر فيه بلا رضى الآخر)**؛ لأنه ينصرف في مِلْك نفسه، وإذا لم يتضرر الآخر[٣] بذلك؛ فلا معنى لطلب رضاه، **(وقيل: قولهما تفسير لقوله)**؛ أي: لقول الإمام، والمخالفة إنما هي في اللفظ[٤]، والمعنى واحد أخذاً[٥] من قوله في كتاب الحيطان: إنَّ لكل واحد أن يتصرف في مِلْكه بما شاء من غير رضى جاره، وعلى هذا القول، فمعنى قوله: (ليس له أن يفعل): والمنع على تقدير عدم الضرر الذي هو قولهما، والمخالفة إنما هي في اللفظ لا في المعنى[٦].

(وليس لأهل زائغة مستطيلة)، صفة (زائغة)[٧]، والزائغة[٨] هـهنا بمعنى: الزقاق، والطريق في داخل المدينة، أو القرية، والمستطيلة: [هي][٩] الممتدة على الاستقامة سواء كانت نافذة أو غير نافذة، **(تتشعب)**؛ أي: يتفرع **(منها)**؛ أي: من الزائغة **(مستطيلة)** أخرى **(غير[١٠] نافذة)** إلى موضع آخر **(فتح باب في المتشعبة)** من الأولى[١١]، مثلاً:

---

(١) في (أ) و(ب): (ذكره).
(٢) سقط من: (أ).
(٣) في (ج): (والآخر).
(٤) في (أ): (اللغة).
(٥) في (أ): (أخذ).
(٦) ينظر: الهداية: ١٠٩/٣.
(٧) قوله: (صفة زائغة) سقط من: (ب).
(٨) في (ب): (الزائغة).
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) في (ب): (آخر غيره). ينظر: فتح القدير: ٣٢٣/٧.
(١١) في (ب): (الأول).

إذا كان لرجل دار في السكة [بابها][١] [إلى][٢] السكة][٣] العظمى، وبعض حوائطها إلى السكة الأخرى [غير][٤] النافذة، فأراد أن يفتح باباً إلى تلك السكة، ليس له ذلك؛ لأن فتح الباب إنما يكون لأجل المرور، ولا حق لأهل الأولى في المرور في الثانية؛ لأنها مخصوصة لأهلها؛ لكونها غير نافذة، فلا يمر فيها إلا من له فيها باب قديم، وإذا كان المرور فيها مخصوصاً بأهلها لم يكن لأهل الأولى فتح باب فيها[٥]، (وفي) الزائغة (النافذة و) زائغة (مستديرة لزق)؛ أي: اتصل (طرفاها) بالمستطيلة[٦] [أ/٢٨٣] (لهم ذلك)؛ أي: لو كانت المتشعبة نافذة، فلأهل الأولى فتح باب في الثانية؛ لأن النافذة فيها حق المرور لكل أحد، فلأهل الأولى بالنظر إلى القرب والجواز أولى، والمستديرة إذا كان طرفاها متصلين بأبنية الأولى تكون ساحة مشتركة بمنزلة الموضع[٧] الواسع من الزائغة[٨].

(ومن ادعى) على آخر (هبة) شيء، وتسليمه إليه (في وقت) معين كرمضان، فأنكر الآخر الهبة، (فسأل بينة)؛ يعني: طلب القاضي البينة من المدعي على دعواه هذه، (فقال): إن المدعى عليه (جحدني الهبة)، يقال: جحده [حقه][٩]: إذا أنكر، وبابه قطع، (فاشتريته)؛ أي: الموهوب، والفاء[١٠] للتعقيب (منه، أو لم يقل ذلك)؛ أي[١١]: قوله:

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (في).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) كل النسخ: (الغير) ويكفي تعريفها بالإضافة فلا يعرف معرفةٌ معرفةً.
(٥) ينظر: الهداية: ١٠٩/٣، العناية شرح الهداية: ٣٢٤/٧، فتح القدير: ٣٢٤/٧.
(٦) في (ج): (المستطيلة).
(٧) في (ب): (المواضع).
(٨) ينظر: فتح القدير: ٢٣٥/٧.
(٩) سقط من: (ج).
(١٠) في (ج): (الفاء).
(١١) في (ج): (إلى).

(جحدني[1] الهبة) بل أجمل، (فبرهن على الشراء)[2]، فإن أقام البينة على أنه اشترى المدعى به (بعد وقت الهبة) الذي عيَّنه في أول الدعوة (يقبل) برهانه، ويقضى له، (ولو قبله لا يقبل)؛ أي: لو ادعى الشراء في وقت سابق على وقت الهبة، لا تُقبل دعواه، والفرق: أن التوفيق في الوجه الأول ممكن، فلا يتحقق التناقض؛ لجواز أن يقول: وهب لي منذ شهر، ثم جحد في الهبة، فاشتريته [منه][3] منذ أسبوع، وفي الوجه الثاني، لا يمكن التوفيق، فيتحقق التناقض[4].

(ومن ادعى أن زيداً اشترى جاريته، فأنكر زيد) الشراء، (وترك هو)؛ أي: صاحب الجارية (خصومته)؛ أي: خصومة زيد، وبقيت الجارية بيد المدعي (حل له وَطؤُها)، وكان الظاهر أن لا يحل؛ لإقراره بمِلْك الغير، ووجه الجواز: أن المشتري لما جحد كان [جحده][5] فاسخاً للبيع من جهته؛ إذ الفسخ رفع العقد من الأصل، والجحود إنكار العقد من الأصل، وبهذه المشابهة جعل الجحود مجازاً عن الفسخ[6] ثم إذا عزم البائع على ترك الخصومة حصل الفسخ من[7] جانبه أيضاً، فتمَّ الفسخ من الجانبين، وكان كالإقالة معنى.

(ومن أقر بقبض عشرة دراهم) من فلان، [ثم][8] فسرها[9]، (وادعى

---

(١) في (ج): (جحد).
(٢) ينظر: الهداية: ١٠٩/٣، فتح القدير: ٣٢٩/٧.
(٣) سقط من: (أ) و(ب).
(٤) ينظر: الهداية: ١٠٩/٣، فتح القدير: ٣٢٩/٧.
(٥) سقط من: (أ).
(٦) ينظر: الهداية: ١١٠/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٢٩/٧.
(٧) في (أ): (في).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) في (ج): (فسر).

أنها زيوف[١] **أو نبهرجة**[٢]**صدق)** في إقراره ودعواه مع يمينه؛ لأن الزيوف من جنس الدراهم، إلا أنها مشتملة على عيب، والقبض لا يختص بالجياد[٣]، فيصدق؛ لأنه فسر إقراره المجمل بما يحتمله، وكذا النبهرجة **(لا)**؛ أي: لا يصدق **(إن ادعى أنها)**؛ أي: العشرة التي أقر بها **(ستوقة)**[٤]؛ لأنها ليست من جنس الدراهم، وهي التي في وسطها نحاس، أو رصاص، ووجهها فضة، وهي معرب ستوقة.

(ولا) يصدق أيضاً **(إن أقر بقبض الجياد)**، ثم ادعى أنها زيوف، أو نبهرجة؛ لأنه قد أقر بقبض الجياد صريحاً، فلا تقبل دعواه أنها غيرها؛ لإمكان التناقض، قوله: **(أو حقه أو الثمن)** كلاهما بالجر عطفاً على الجياد؛ أي: لا يصدق إن كان أقر بقبض حقه، أو بقبض الثمن، **(أو)** أقر **(بالاستيفاء)**؛ أي: باستيفاء حقه، أو باستيفاء الثمن؛ لأنه قد أقر بقبض الجياد في الثلاث دلالة، فلا يصدق كما تقدم آنفاً[٥]، ثم إنه[٦] شرع[٧] في

---

(١) الزيوف: هي الدراهم المغشوشة؛ أي: المخلوطة بالنحاس، لكن الخلط والغش فيها أقل من الدراهم المسماة بالنبهرجة، والنبهرجة أقل من الستوقة، والزيوف وإن كانت مغشوشة فهي توضع في بيت المال لكن التجار يتداولون بها فيما بينهم. ينظر: المبسوط: ١٤٤/١٢، والهداية: ١١٠/٣، وحاشية ابن عابدين: ٢٣٣/٥.

(٢) النبهرجة: وهي الدراهم المغشوشة المخلوطة بالنحاس، وقيل: هي التي تضرب في غير دار السلطان، وعادة تردها التجار، والغش فيها أقل من الستوقة. ينظر: القاموس المحيط: ص٢٠٦، والهداية: ١١٠/٣، وحاشية ابن عابدين: ٢٣٣/٥.

(٣) الجياد: هي دراهم فضية خالصة تروج في التجارات، وتوضع في بيت المال، وهي أعلى أنواع الدراهم جودة، وإذا أطلقت الدراهم فيراد بها الجياد. ينظر: الهداية: ١٨٤/٣، حاشية ابن عابدين: ٢٣٣/٥.

(٤) الستوقة: هي أردأ أنواع الدراهم، وقيل: هي صفر مموه بفضة، وقيل: أنْ يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك، وبينهما صفر، وليس لها حكم الدراهم. ينظر: الهداية: ١١٠/٣، حاشية ابن عابدين: ٢٣٣/٥.

(٥) ينظر: الهداية: ١١٠/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٣٠/٧.

(٦) (إنه) سقط من: (ب).

(٧) في (أ): (يشرع).

بيان الأجناس المذكورة، فقال: **(والزيف ما رده بيت المال)**[(١)]؛ [النوع قصور[(٢)] في جودته إلا أنه يجري فيه المعاملة بين][(٣)] التجار، و[(٤)]العامة يقبضونه[(٥)]، **(والنبهرجة ما رده التجار أيضاً)**؛ لرداءة فضته، لكن العامة يقبضونه، ويتعاملون به، وكلاهما يطلق عليه لفظ الدراهم[(٦)].

(والستوقة: ما غلب) [عليه][(٧)] **(غشه)**، ولا يقبضه[(٨)] أحد من بيت المال[(٩)]، والتجار والعامة، ولفظ الدراهم لا يتناول هذا القسم.

(ومن قال لمن أقر له بألف: ليس لي عليك شيء، ثم قال في مجلس: نعم لي عليك ألف، لا يقبل منه بلا حجة)؛ لأن إقرار المقر الأول قد ارتد برد المقر له، وقوله ثانياً: لي عليك ألف دعوى، فلا بدَّ من الحجة، أو إقرار الخصم ثانياً، أو تصديقه **(بخلاف ما لو كذب من قال له: اشتريت مني هذا ثم صدقه)**؛ أي: لو قال رَجل لآخر: اشتريت مني هذا العبد بألف مثلاً، وأنكر الآخر الشراء؛ فله أن يصدقه؛ لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالعقد، ولا بالفسخ، وإنكار المدعى عليه الشراء لا يقتضي إبطال العقد؛ لأن المدعي باقٍ على شطره، فإذا عاد المنكر إلى الإقرار بالشراء كمل العقد، بخلاف الإقرار، فإن الواحد ينفرد به إثباتاً ورداً، فما أثبته[(١٠)] الأول بإقراره أبطله الثاني بإنكاره، فافترقا[(١١)].

---

(١) ينظر: العناية: ٧/٣٣٢.
(٢) في (ج): (قصوره).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) زيد في: (ب) ـ في هذا الموضع ـ (لكن).
(٥) زيد في: (ب) في هذا الموضع (يقبضونه).
(٦) ينظر: الهداية: ٣/١١٠، والعناية شرح الهداية: ٧/٣٣٠.
(٧) سقط من: (ب) و(ج).
(٨) في (ب): (ولا يقبض).
(٩) بيت المال: هي الجهة التي تؤول إليها كل ما استحقه المسلمون ولم يتعين مالكه منهم: كالفيء والغنيمة والصدقة. ينظر: الأحكام السلطانية، لأبي يعلى: ص٢٥١.
(١٠) في (أ): (أثبه).
(١١) ينظر: الهداية: ٣/١١٠، والعناية شرح الهداية: ٧/٣٣٠.

(ومن قال لمن ادعى عليه مالاً: ما كان) لك (علي شيء قط، فبرهن) المدعي (عليه به)؛ أي: أقام البينة على المنكر، (فبرهن هو على القضاء[(١)]، أو الإبراء)[(٢)]؛ أي: أقام المنكر بينة[(٣)] على أنه أوفاه، أو أن المدعي أبرأه (قبل برهانه)؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن؛ لأنه يمكنه أن يقول: لم يكن لك عليّ شيء، ولكن آذيتني بخصومتك الباطلة، فدفعت إليك ما تدعيه دفعاً لأذاك، أو يقول: ليس لك عليّ شيء في الحال؛ لأنك أبرأتني، (وإن زاد على إنكاره)؛ أي: على قوله[(٤)]: ما كان لك عليَّ شيء قط[(٥)]، (ولا أعرفك فلا)؛ أي: لا يقبل برهان المدعى [عليه][(٦)] على القضاء[(٧)]، ولا على الإبراء؛ لتعذر التوفيق بين قوليه؛ إذ لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ، وقضاء واقتضاء، بلا معرفة أحدهما صاحبه[(٨)]، ذكر القدوري: تُقبل بينته في هذه المسألة أيضاً[(٩)]، ولأن[(١٠)] الرَّجل ربما يدعي على المحتجب[(١١)]، فيأمر بعض وكلائه أن يعطيه ما

---

(١) القضاء: قضاء الدين. لسان العرب: ١٨٨/١٥، وتاج العروس: ٣١٤/١٩.

(٢) الإبراء: إسقاط حق يتم بلا قَبُول كالطلاق والعتاق. ينظر: المغرب: ص٣٨، وفتح القدير، لابن الهمام: ٣٩٧/٦ ـ ٣٥٦/٣.

(٣) في (ب): (بينته).

(٤) في (ب): (قول).

(٥) زيد في كل النسخ (القضاء).

(٦) سقط من: (ب) و(ج).

(٧) في (أ) و(ج): (القاضي).

(٨) ينظر: الهداية: ١١٠/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٣٤/٧.

(٩) ينظر: الهداية: ١١٠/٣.

(١٠) في (ج): (لأن).

(١١) المحتجب: يطلق على الرجل الذي لا يتولى الأمور بنفسه أو هو الذي لا يراه كل أحد لعظمته، ولعل الأنسب أنه هو من لا يكثر ظهوره أو يكون ظهوره لعموم الناس نادراً؛ والعبارات الفقهية تقرن بينه وبين المخدرة فيقولون: كالمحتجب والمخدرة، والمخدرة هي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجالس الحكم. ينظر: البناية شرح الهداية: ٧٥/٩.

يرضاه، فقد [قضاه][(١)]، ولا يعرفه، ثم يعرفه بعد ذلك، فأمكن التوفيق بهذا الطريق، فمسألة المتن تحمل[(٢)] على أن المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه، وقيل: تُقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات؛ لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة[(٣)].

(**ولو ادعى على آخر بيع أمته منه وأراد ردها بعيب، فأنكر**) الآخر بأن يقول [له][(٤)]: لم أبعها منك قط، (**فبرهن المدعي على البيع، والمنكر على البراءة من كل عيب؛ لا يسمع برهان المنكر**)؛ أي: البائع؛ لأن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف[(٥)] السلامة إلى غيره؛ لأن مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع من العيوب، وذلك يقتضي وجود البيع، وبإنكاره صار مناقضاً، فلا يسمع[(٦)].

(**وذكر «إن شاء الله» في آخر صك**)، الصك: كتاب الإقرار [بالمال][(٧)]، وغيره تعريب جك (**يبطل كله**) [عند أبي حنيفة][(٨)]؛ [أي][(٩)]: إذا كتب رَجل إقراره بدينه في صك، ثم كتب في آخره: من قام بهذا[(١٠)] الذكر فهو ولي ما فيه، من أخرج هذا الصك، وطلب ما فيه من الحق، فله ولاية ذلك إن شاء الله؛ بطل الذكر كله عند الإمام؛ لأن الاستثناء

---

(١) (قضاه) في (ب) سقط، وفي النسختين: (أ) و(ج): (قضاءً)، وما أثبتناه أصوب. ينظر: المحيط البرهاني: ٨/٥١٠.
(٢) في (ج): (تحمله).
(٣) ينظر: المحيط البرهاني: ٨/٥١٠، والجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: ص٣٨٧.
(٤) سقط من: (ب) و(ج).
(٥) في (ج): (وظف).
(٦) ينظر: الهداية: ٣/١١٠، والعناية شرح الهداية: ٧/٣٣٦.
(٧) سقط من: (ج).
(٨) سقط من: (أ) و(ج).
(٩) سقط من: (أ) و(ب).
(١٠) في (أ): (بهذه).

ينصرف إلى جميع ما تقدم عنده، فبطل إقراره بالدَّين؛ لأن كلمات الصك كتبت معطوفة [٢٨٤/أ] بعضها على بعض، فيكون الكل كشيء واحد بحكم العطف، فينصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثلاً لو قال: عليّ صوم وصلاة وحج إن شاء الله تعالى؛ لا يلزمه شيء، ولو ترك فرجة[١]، قالوا: لا يلتحق الاستثناء بالكل؛ إذ[٢] الفرجة في الصكوك كالسكوت في النطق[٣].

(وعندهما): يبطل (آخره فقط، وهو)؛ أي: قولهما؛ (استحسان)[٤]؛ [يعني][٥]: أن[٦] الاستثناء ينصرف إلى [قوله: (ومن قام بهذا الذكر)؛ لأنه][٧][٨] يليه، ولا يتعدى إلى ما قبله، [ولأبي حنيفة: إن الكل كشيء واحد بحكم العطف، فينصرف إلى الكلمات المعطوفة][٩]، وهو أولى؛ لأن الصك للاستيثاق، لا للإبطال، وكذا الأصل في الكلام الاستبداد[١٠]، فلو صرف إلى الكل يكون للإبطال.

❊ ❊ ❊

(١) فرجة: بالضم فرجة الحائط وما أشبه، يقال: بينهما فرجة؛ أي: انفراج. ينظر: الصحاح: ٣٣٤/١، ولسان العرب: ٣٤١/٢، مادة (فرج).
(٢) في (ج): (إذا).
(٣) ينظر: الهداية: ١١١/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٣٧/٧.
(٤) والاستحسان في هذا المكان هو دليل يقابل القياس الجلي الذي يسبق إليه الأفهام. ينظر: شرح التلويح على التوضيح: ١٦٢/٢.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (ب): (لأن).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) زيد في: (ب) ـ في هذا الموضع ـ (ما).
(٩) سقط من: (أ).
(١٠) (الأصل في الكلام الاستبداد): هذه القاعدة ذكرتها بعض الكتب الفقهية. ينظر: فتح القدير، لابن الهمام: ٣٣٧/٧، والهداية: ١١١/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٣٧/٧.

فصل
يذكر فيه[(١)] القضاء بالمواريث

إذا (مات نصراني)[(٢)]، أو ذمي غيره من[(٣)] أهل الكتاب، (فقالت زوجته: أسلمت بعد موته)، ولي الميراث منه، (وقال وارثه) غيرها: (بل إنما أسلمتِ (قبله)، وليس لك منه ميراث؛ لأن المُسْلم لا يرث من الكافر، وبالعكس، (فالقول له)؛ أي: للوارث، وليس للزوجة ميراث منه، وقال زفر: القول قولها؛ لأن إسلامها حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات بحكم قاعدة الأصول[(٤)]، ولنا: إن سبب الحرمان، وهو إسلامها الثابت في الحال، فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال، [وهذا هو الذي يقال له: استصحاب الحال[(٥)]][(٦)].

(وكذا)؛ أي: القول للوارث مع يمينه (لو مات مسلم)، وكان تحته زوجة[(٧)] كتابية أسلمت، (فقالت زوجته: أسلمت قبل موته)، ولي

---

(١) في(أ): (فيها).

(٢) النصراني: من النصارى، وهم أمة المسيح عيسى بن مريم رسول الله وكلمته (عليه السلام) وهو المبعوث حقاً بعد موسى (عليه السلام) المبشر به في التوراة، وهم اثنان وسبعون فرقة، وكبار فرقهم ثلاثة: الملكانية، النسطورية، واليعقوبية، وتشعبت منها عدة فرق. ينظر: الملل والنحل: ٢/٢٥ ـ ٢٧.

(٣) في (أ): (في).

(٤) وهي قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، وتندرج منها قاعدة: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وخرجوا عن هذه القاعدة لأجل تحكيم الحال. ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص٥٥.

(٥) استصحاب الحال: أن ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل، وهو معنى قولهم: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد المزيل، فمن ادعاه فعليه البيان. ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي: ٨/١٣.

(٦) سقط من: (ب).

(٧) في(ج): (زوجته).

الميراث، (وقال الوارث: بل) أسلمتِ (بعده)؛ لأنها تدعي أمراً حادثاً، والأصل في الحوادث أن يضاف حدوثها إلى أقرب الأوقات[١].

(وإن) أودع[٢] رَجل عند آخر مالاً، ثم مات، (وقال المودع) مقراً لشخص آخر: (هذا ابن مودعي الميت، لا وارث له غيره؛ دفع الوديعة إليه)؛ [أي][٣]: يأمر[٤] القاضي بدفعها إلى ذلك الشخص، (وإن قال المودع) بعد ذلك مقراً (لآخر: هذا ابنه أيضاً)؛ أي: ابن المودع الميت، وهو يستحق الميراث مع الأول، (وكذّبه الابن الأول) في ذلك، بأن يقول: ليس لوالدي ابن آخر؛ (قضى) المال كله (للأول)[٥]، ولا يسمع قوله في حق الثاني؛ لأنه لما أقر للأول، وقال: ليس له وارث غيره، فقد أقر بأن ما في يده حق للأول خاصة بحكم الخلافة عن الميت، فكأنه أقر بأنه حق المورث، وهو حيّ بطريق الأصالة، وبإقراره[٦] ذلك انقطع يده عن المال، فلا يصح إقراره بعد ذلك للثاني[٧].

(ولو قسم الميراث)؛ أي: ميراث رَجل مات، وترك إرثاً وورثة، فقسم ميراثه (بين الورثة)، أو[٨] كان مديوناً، فقسم ميراثه بين

---

(١) في (أ) و(ج): (أوقات). ينظر: الهداية: ١١١/٣، والأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص٥٥.

(٢) الوديعة لغة: ما تستودعه غيرك ليحفظه. وفي الاصطلاح: أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها، أو عبارة عن ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف في الحفظ مع بقائها على حكم ملك المالك. ينظر: العين: ٢٢٤/٢، والهداية: ٢١٣/٣، والجوهرة النيرة: ٣٤٦/١.

(٣) سقط من: (ج).

(٤) في (ج): (بأمر).

(٥) ينظر: الهداية: ١١١/٣، وتبيين الحقائق: ٢٠٠/٤، والعناية شرح الهداية: ٣٤٠/٧ ـ ٣٤٢.

(٦) في (أ) و(ج): (وبإقرار).

(٧) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٠١/٤، والعناية شرح الهداية: ٣٤٢/٧.

(٨) في (أ): (أي).

(الغرماء[١] بشهادة) شهود (لم يقولوا فيها)؛ أي: في شهادتهم: (لا نعرف له وارثاً) [آخر][٢] في الصورة[٣] الأولى، (أو) لا نعرف له (غريماً آخر) في الصورة الثانية، (لا يؤخذ منهم)؛ أي: من الورثة، ولا من الغرماء (كفيل)، عند أبي حنيفة، [وقال][٤] (وهو)؛ أي: أخذ[٥] الكفيل فيهما (احتياط)، لكنه (ظلم)؛ أي: ميل عن سواء السبيل أحدثه بعض القضاة[٦].

قال العلامة ابن الهمام: كأنه عنى به عن ابن أبي ليلى[٧]، فإنه كان يفعله بالكوفة، وإنما قال: (لم يقولوا)؛ لأنهم إذا قالوا ذلك لا يكفل بالاتفاق سواء كان وارثاً يحجب بحال أو لا.

(وعندهما: يؤخذ) الكفيل من الورثة، أو من الغرماء، ولا يعطى لهم أنصباؤهم[٨] بغير كفيل؛ لأن القاضي ناظر للغيب، ولما لم يقل الشهود: لا نعلم وارثاً آخر احتمل أن يكون في نفس الأمر بعض الورثة غائباً، أو صغيراً، أو حملاً، فيضيع حقه من الميراث، وكذلك الأمر في الغرماء، فيحتاط بأخذ الكفيل حتى لو ظهر وارث، أو غريم يتوصل إلى حقه بسبب الكفالة، ولأبي حنيفة: إن الحاضر ثابت قطعاً، فلا يؤخر[٩] إلى زمان التكفيل لأمر موهوم[١٠].

---

(١) الغرماء: جمع غريم، وهم أصحاب الدَّين. لسان العرب: ٤٣٦/١٢.
(٢) سقط من: (أ).
(٣) في (أ): (صورة).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) في (أ): (اخذ).
(٦) ينظر: الهداية: ١١١/٣.
(٧) ينظر: خليج البحار: ص١٠٧٧.
(٨) أنصباء: جمع نصيب؛ أي: حقهم من الإرث. ينظر: المصباح المنير: ٦٦٠/٢ مادة نصب.
(٩) في (ج): (يؤمر).
(١٠) ينظر: الهداية: ١١٢/٣، وفتح القدير: ٣٤٤/٧ ـ ٣٤٥، والإيضاح لكمال باشا: لوحة ١٦٢.

(ومن ادعى عقاراً) في يد آخر **(إرثاً له ولأخيه الغائب)**، ولا وارث له غيرهما، **(وبرهن عليه؛ دفع إليه نصفه)**؛ أي: دفع إلى المدعي المثبت نصف العقار المذكور، **(وترك باقيه)**؛ أي: ترك النصف الآخر **(مع ذي اليد بلا أخذ كفيل منه، ولو كان جاحداً)**[1]؛ أي: وإن كان منكراً؛ كونه للمدعي المذكور ولأخيه، وهذا عن أبي حنيفة، **(وقالا: إن كان)** ذو اليد المذكور **(جاحداً أخذ النصف الآخر منه ووضع عند أمين)** إما عند مثبت النصف الأول، أو عند غيره.

لهما: إن الجاحد خائن، فلا يترك المال في يده؛ لأنه كما جحد أولاً، يحتمل[2] أن يجحد إذا حضر الغائب، فالأولى انتزاعه من[3] يده[4]، بخلاف ما إذا كان مقراً، فإن المقر أمين، ولأبي حنيفة: إن القضاء المذكور وقع للميت مقصوداً[5]، ثم انتقل إلى ولديه بطريق النيابة، [واحتمال كون ذي اليد مختاراً لميت ثابت][6]، وذلك يقتضي الأمن من الجحد ثانياً، وكون العقار [المذكور][7] في يده يدل على أن الميت اختاره، فلا تنقض[8] يده كما لو كان مقراً، وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي بالنظر إلى الماضي، والظاهر عدم جحوده في المستقبل أيضاً؛ لكون الأمر صار معلوماً له وللقاضي.

(وفي المنقول، يؤخذ منه بالاتفاق)؛ أي: لو كانت القضية المذكورة

---

(١) جاحداً: الجحود: ضد الإقرار كالإنكار وعدم المعرفة، والجحد: من الضيق والشح. ينظر: العين: ٧٢/٣.
(٢) في (أ): (يحمل).
(٣) في (أ): (في).
(٤) ينظر: الهداية: ١١٢/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٨٧/٧.
(٥) في (ج): (مقصود).
(٦) سقط من: (أ) و(ج).
(٧) سقط من: (ج).
(٨) في (أ): (ينتقض)، وفي (ب): (ينقض).

في المنقول، فإن النصف الباقي يؤخذ من ذي اليد[١] بالاتفاق؛ لأن[٢] الباقي محتاج إلى الحفظ، وانتزاعه من[٣] ذي اليد أولى وأبلغ فيه، (وقيل): لا، بل الأمر (على الخلاف) المذكور، وقول أبي حنيفة فيه أظهر؛ لحاجته إلى الحفظ، والترك في يده أبلغ في الحفظ؛ لأنه بالإنكار صار ضامناً، والمال في يد الضامن أشد حفظاً، وإنما لا يؤخذ الكفيل من ذي اليد؛ لأنه إنشاء خصومة، والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنشائها[٤].

(وإذا حضر الغائب دفع إليه نصيبه) الباقي أينما كان وضع (بدون إعادة البينة)؛ لأن حقه ثبت سابقاً حيث قلنا: إن القضاء المذكور وقع للميت، ثم انتقل عنه نيابة إلى ورثته، ولا يخفى أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي فيما يستحق له، وعليه دَيناً كان أو عيناً، فلا حاجة إلى إعادة الإثبات؛ لأنه تحصيل الحاصل[٥].

(ومن أوصى[٦] بثلث ماله) للفقراء، أو لجهة من جهات الخير؛ (فهو) يقع (على كل مال له)؛ أي: يصرف إلى الجهة[٧] المذكورة ثلث جميع ما يملكه من المنقولات والعقارات، يُقَوَّمُ جميع ذلك، ويصرف ثلث المجموع إلى ما عينه الموصي؛ لأنها أخت الميراث، والميراث يجري في الكل، فكذا هي.

---

(١) ينظر: الهداية: ١١٢/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٤٨/٧.
(٢) في (ج): (فإن).
(٣) في (أ): (في).
(٤) ينظر: الهداية: ١١٢/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٤٩/٧، والإيضاح لكمال باشا: لوحة ١٦٢.
(٥) ينظر: الهداية: ١١٣/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٥٠/٧.
(٦) الوصية: ذكر الفقهاء بأن كلاًّ منهما؛ أي: الوصية والإيصاء مضاف فيه لما بعد الموت، لكن الإيصاء هو إقامة الشخص مقام نفسه في التصرف بعد الموت، والوصية هي تمليك المال بعد الموت، وقد يردان أحياناً بمعنى واحد، ومنها هذه المسألة التي ذكرها المؤلف. ينظر: المغرب: ص٤٨٧ مادة (وصي)، وتبيين الحقائق: ١٤٨/٥، والبحر الرائق: ٤٥/٨.
(٧) في (ب): (جهة).

(ولو قال: مالي) صدقة، **(أو)** قال: **(ما أملك صدقة، فهو)** يقع **(على مال الزكاة)** فقط: كالنقود، والسوائم[(١)]، ومال التجارة مطلقاً سواء بلغ[(٢)] النصاب أو لا[(٣)]، والقياس في هذا [أ/٢٨٥] أيضاً، أن يلزمه التصدق بالكل، وبه قال زفر؛ لعموم اسم المال كما في الوصية، لكن صرفه إلى مال الزكاة فقط استحسان، ووجهه: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى[(٤)]، فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال، وليس [للعبد][(٥)] أن يتجاوز عما عينه الشارع، والشارع إنما أوجب الصدقة في أموالٍ معلومة لا في كل ما يملكه الإنسان.

(ويدخل فيه)؛ أي: [في][(٦)] قوله: (مالي، أو ما أملك صدقة) **(أرض العشر[(٧)] عند أبي يوسف)**؛ لأنها سبب للصدقة، بناءً على أن مذهبه: أن جهة الصدقة أرجح في العشر، ولهذا اختص بالمُسْلم **(خلافاً لمحمد)**، فإنه يرجح جانب المؤنة[(٨)(٩)] في العشر.

---

(١) السوائم: والسائمة: وهي كل إبل ترسل ترعى ولا تعلف في الأصل، وقيل: سامت الماشية تسوم سوماً؛ أي: رعت. ينظر: تهذيب اللغة: ٧٦/١٣، والصحاح: ١٩٥٥/٥.

(٢) في (أ): (يمنع).

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية: ٣٥١/٧.

(٤) ينظر: فتح القدير: ٣٥١/٧ ـ ٣٥٢.

(٥) سقط من: (أ).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) أرض العشر: كل أرض أسلم أهلها عليها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي عشرية. ينظر: الخراج لأبي يوسف: ص٧٢، والاختيار لتعليل المختار: ١٤٢/٤.

(٨) المؤنة: مفعلة وليست مفعولة، قيل: إنها مأخوذة من الأون: وهو الثقل، وقيل: هي من الأين: وهي اسم لما يتحمله الإنسان من ثقل النفقة التي ينفقها على من يليه من أهله وولده. ينظر: التعريفات: ١٩٦/١.

(٩) في (أ): (المعونة).

وأما[١] أرض الخراج[٢]، فلا تدخل في الوصية بالإجماع[٣]، وإنما لم يذكر مذهب أبي حنيفة؛ لأن الأصل في مثل هذا: إما أن يكون له قولان، فأخذ كل من صاحبيه بقول من غير رجحان، فيكون مذهبه مذكوراً ضمناً، وإما أن تكون المسألة حدثت[٤] بعده، فاختلفا فيها على قولين، وليس فيها كلام، والحمل على الأول أولى.

(فإن لم يكن له مال غيره)؛ أي: إن لم يكن يملك إلا ما تجب فيه الزكاة، ولو تصدق بجميعه يبقى محتاجاً، فإنه لا يدفع الكل حينئذ إلى ما عينه، بل **(أمسك منه قوته)**، وقوت ما يجب عليه نفقته إلى أن يحصل له مال آخر، **(فإذا أصاب مالاً تصدق منه بمثل ما أمسك)** من الأول؛ لأن حاجة نَفْسه مقدَّمة، ولو يقدر في المبسوط[٥] ما أمسكه؛ لتفاوت[٦] أحوال الناس في الاحتياج[٧] والمتأخرون قدروا، وقالوا: المتحرف يمسك لنفسه وعياله قوت يوم، وصاحب الغلة: [وهو][٨] صاحب الدور، ونحوها يمسك قوت شهر، وصاحب الضيعة: يمسك قوت سَنَة على حسب تفاوت وصولهم إلى المال، وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقَدْر ما يرجع إليه[٩] ماله.

(ومن أوصي إليه)؛ أي: جعل وصياً من الميت، وهو الوصي

---

(١) زيد في (ج) ـ في هذا الموضع ـ (في).
(٢) أرض الخراج: (كل ما فتح عنوة وأقر أهلها عليها أو صالحهم فهي خراجية سوى مكة شرفها الله تعالى). الاختيار لتعليل المختار: ١٤٢/٤.
(٣) ينظر: الهداية: ١١٣/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٥٣/٧.
(٤) في (ج): (حديث).
(٥) في (أ): (المبسوطه).
(٦) في (ب): (لفوات).
(٧) ينظر: المبسوط: ٢٧/١٦ الهداية: ١١٣/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٥٣/٧ ـ ٣٥٤.
(٨) سقط من: (ج).
(٩) ينظر: العناية شرح الهداية: ٩٠/٩، وحاشية ابن عابدين: ٤٥/٧.

المختار، أو من جانب الشرع، وهو الوصي[١] الشرعي، (ولم يعلم) بكونه جعل وصياً، فباع شيئاً من التركة، أو فعل ما يجوز للوصي مباشرته في تلك الحال، فهو وصي، والبيع، والأمر الذي باشره نافذ[٢] جائز، (بخلاف التوكيل)، فإنه لو جعل وكيلاً، وتصرف [بشيء][٣] قبل أن يعلم بالوكالة لا يجوز، وعن أبي يوسف: إنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً.

وجه الفرق على الظاهر: أن الوصاية خلافة لا نيابة؛ ولأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة، وهو ما بعد الموت، والخلافة لا تتوقف على العلم، كتصرف الوارث، أما الوكالة فإنها نيابة؛ لقيام ولاية المنسوب عنه؛ أعني: الموكل، فتتوقف على العِلْم[٤]؛ إذ لا يفوت النظر بالتوكيل، بل يجوز له التصرف بنفسه مع وجود الوكيل، وفي الوصاية يفوت النظر؛ إذ الموصي عاجز بالموت، فافترقا[٥].

(وقبل في الإخبار بالتوكيل خبر فرد) حراً كان أو عبداً، (وإن) كان الفرد (فاسقاً)، أو صغيراً يعقل (لا في العزل منه)؛ أي: من[٦] التوكيل، فلا يقبل في العزل (إلا خبر عدل أو مستورين) هذا عند أبي حنيفة، (وعندهما هو كالأول)؛ لأنه في[٧] المعاملات، وجنسها يثبت بخبر الواحد، وإن كان فاسقاً: كالوكالة، وإذن السيد لعبده في التجارة، ولأبي حنيفة: إنه خبر[٨] ملزم؛ لأنه يحتمل الصدق والكذب، وهو يلزم الوكيل بعدم التصرف، وينفي جوازه، فيكون شهادة من[٩] وجه، فيشترط فيه أحد

---

(١) في (أ): (للوصي).
(٢) في (أ): (فأخذ).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: الهداية: ١١٣/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٥٥/٧.
(٥) ينظر: فتح القدير: ٣٥٤/٧.
(٦) في (أ): (في).
(٧) في (ب) و(ج): (من).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) في (أ): (في).

شطري الشهادة: إما العدد، وإما العدالة، بخلاف الأول، فإنه خبر، وليس فيه إلزام[(١)].

(وكذا الخلاف في إخبار السيد بجناية عبده)؛ يعني: إذا أخبر المولى بجناية عبده الفاسق[(٢)] وباع [العبد][(٣)]، أو أعتقه لا يصير مختاراً للفداء عنده، وعندهما: يصير مختاراً، (و) إخبار (الشفيع بالبيع)؛ يعني: الشفيع إذا سكت بعد ما أخبره فاسق بالبيع لا يكون تاركاً للشفعة[(٤)] عنده، وعندهما يكون تاركاً[(٥)].

(و) إخبار (البكر بالتزويج)؛ يعني: إذا أخبرها فاسق بنكاحها، فسكتت، لا تصير راضية بالنكاح عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

(و) إخبار (مُسْلم لم يهاجر) بعد ما أسلم من دار الكفر إلى دار الإسلام (بالشرائع)؛ يعني: من أسلم في دار الحرب، فأخبره فاسق بالشرائع من الصلاة ونحوها لا يلزمه القضاء بتركها إن كذبه، ويلزمه عندهما[(٦)]، [والدلائل في الكل من الجانبين واحدة كما لا يخفى][(٧)].

(ولو باع القاضي، أو أمينه)، وهو الرَّجل الذي عيّنه القاضي من أهل الستر، والعفاف، ويكون [من الكهول][(٨)]، أو المشايخ الذين مارسوا

---

(١) ينظر: الهداية: ١١٤/٣.
(٢) في كل النسخ: (فاسق).
(٣) سقط من: (أ).
(٤) الشفعة: هي حق الشرع نظراً لمن كان شريكاً أو جاراً عند البيع، أو هي تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه، هذه بعض تعريفات الحنفية خلافاً لغيرهم في بعض قيودها وشروطها. ينظر: كنز الدقائق: ص٥٨٣، ودرر الحكام: ٢٠٨/٢.
(٥) ينظر: الهداية: ١١٤/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٥٧/٧.
(٦) ينظر: فتح القدير: ٣٥٧/٧.
(٧) سقط من: (ب).
(٨) سقط من: (ب).

الأمور، وتقلبوا في الدهور، وعرفوا أحوال الجمهور (عبداً) كان مأذوناً، ولزمته ديون (للغرماء)؛ أي: لأجل الدائنين، (وأخذ) القاضي، أو أمينه المال، يعني: ثمن العبد، (فضاع) المال من يد القاضي، أو من يد الأمين، (واستحق العبد)[1]، وأخذه المستحق، وطلب المشتري ما كان أعطاه من[2] الثمن (لا يضمن) كل واحد منهما ذلك المال، (ويرجع المشتري به على الغرماء).

أما عدم الضمان؛ فلأن الأمين قائم مقام القاضي، والقاضي قائم مقام الإمام، ولو لحقهم ضمان، لتقاعدوا[3] عن ذلك، فتختل مصالح الناس[4]، وأما الرجوع على الغرماء؛ فلأن البيع إنما كان لأجلهم، ولتحصيل حقوقهم، وحيث لم يضمن العاقد تعين الرجوع عليهم.

(ولو باعه)؛ أي: العبد (الوصي)؛ أي: وصي الميت (لأجلهم)[5]؛ أي: لأجل[6] الغرماء (بأمر القاضي ثم استحق، أو مات قبل قبضه) من الوصي، (وضاع المال)؛ أي: ثمن العبد، (رجع المشتري) بالثمن (على الوصي)؛ لأنه هو العاقد نيابة عن الميت، فترجع الحقوق إليه، (وهو)؛ أي: الوصي يرجع (على الغرماء)؛ لأنه باع لهم، وكان عاملاً لهم، ومن عمل لغيره عملاً، ولحقه فيه ضمان؛ يرجع على من وقع له العمل[7].

(ولو قال لك قاضٍ عدل عالِم): إني قد (قضيت على هذا بالرجم)؛ لكونه زنى، وهو محصن، (أو القطع)؛ أي: قطع اليد؛ لأنه سرق نصاباً[8]

---

(١) أي: أن يكون العبد لغير البائع.
(٢) في (أ): (في).
(٣) في (أ): (تقاعدوا).
(٤) ينظر: الهداية: ٣/١١٤، والعناية شرح الهداية: ٧/٣٥٧.
(٥) في (أ): (لأجدهم).
(٦) في (ج): (أجل).
(٧) ينظر: الهداية: ٣/١١٤، والعناية شرح الهداية: ٧/٣٥٨.
(٨) اختلف العلماء في مقدار النصاب في المال المسروق الذي تقطع به يد السارق، فعند أبي حنيفة (رحمه الله): عشرة دراهم، وقال الشافعي (رحمه الله): ربع دينار، وقال=

من حرز[(١)] (أو الضرب)، لما ثبت عليه من[(٢)] حدّ الشرب، أو حدّ القذف مثلاً، (فافعله)؛ أي: افعل ما قضيت به عليه من[(٣)] العقوبات، (وسعك فعله)؛ أي: جاز لك أن تفعل ما أمرك به القاضي بناءً على قوله، وإن لم تكن شاهدت حكمه، ولا أخبرك من تثق به غيره؛ لأن طاعة أولي الأمر واجبة، وهو منهم، وفي تصديقه طاعة، وقال محمد آخراً: لا يقبل[(٤)] قوله حتى تعاين الحجة؛ لاحتمال الخطأ، وكثيرٌ من مشايخنا أخذوا برواية محمد في هذا، وقالوا: ما أحسن هذا في زماننا[(٥)].

(وكذا) الحال (في) القاضي (العدل) [أ/٢٨٦] (غير العالِم إن ما استفسر) عن قضائه، (فأحسن تفسيره)[(٦)]، مثل أن يقول: قد أقر عندي الزنى أربع مرات، أو شهد عليه بذلك أربعة من الرجال العدول، وهو محصن، فحكمت عليه بالرجم، أو يقول: ثبت بالحجة الشرعية عندي: أنه سرق نصاباً من حرزٍ لا شبهة فيه، وحكمت عليه بالقطع، أو يقول: ثبت عندي بوجه شرعي أنه قتل عمداً بمحدد، وحكمت عليه بالقصاص، وجب تصديقه؛ لمكان العدالة.

(وإلا)؛ أي: وإن لم [يكن][(٧)] [يحسن التفسير][(٨)] على الوجه الذي

= ابن أبي ليلى: خمسة دراهم. ينظر: المبسوط: ١٣٧/٩، والحاوي الكبير: ٢٦٦/١٣.

(١) الحرز لغة: الموضع الحصين. واصطلاحاً: هو كل ما من شأنه أن تحفظ به الأموال ليعسر أخذها: كالأوعية والدار والشخص، وضبطه الغزالي بأنه: كل موضع لا يعد فيه صاحب المال مضيعاً له. ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: ٨٧٣/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٤/٧، وحاشية الباجوري: ٢٤٣/٢.

(٢) في (أ): (في).

(٣) في (أ): (في).

(٤) في (أ): (لا تقبل).

(٥) ينظر: فتح القدير: ٣٥٩/٧.

(٦) ينظر: الهداية: ١١٤/٣، والعناية شرح الهداية: ٣٥٩/٧.

(٧) سقط من: (أ) و(ج).

(٨) سقط من: (ب).

ذكرناه (**فلا**)؛ أي: لا يقبل قوله؛ لتهمة الخطأ، أو الخيانة[١].

(**ولا يعمل**)[٢] المأمور[٣] (**بقول غير العدل مطلقاً**)؛ أي: سواء كان عالماً، أو جاهلاً (**ما لم يعاين سبب الحكم**)؛ يعني: سبباً شرعياً كالإقرار أو الشهود، فحينئذٍ يقبل قوله؛ لانتفاء التهمة[٤].

(**ولو قال قاضٍ عزل لشخص**) ممن كان يلي الحكم عليه: (**أخذت منك ألفاً، ودفعتها إلى فلان**)، بسبب (**أني قضيت بها عليك، أو قال: قضيت**) عليك (**بقطع يدك في حق فقال**): ذلك الشخص: (**بل أخذتها**)؛ أي: الألف مني، (**أو**) [قال][٥]: (**قطعت**) يدي (**ظلماً**)، فإن أقر (**واعترف**) ذلك الشخص (**بكون**[٦] **ذلك**)؛ أي: أخذ الألف منه[٧]، أو قطع يده (**حال ولايته**)؛ أي: حال كون القاضي مولى قبل العزل (**صدق القاضي**) في قوله؛ لأن المقضى[٨] عليه لما[٩] أقر أنه فعل ذلك في حال قضائه كان الظاهر شاهداً للقاضي؛ لأن فعل القاضي [على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان][١٠] (**ولا يمين عليه**)؛ [أي: على القاضي][١١]؛ لأنه لو لزمه اليمين لكان خصماً، وقضاء[١٢] الخصم لا ينفذ.

(**ولو قال**) ذلك الشخص للقاضي المعزول: (**فعلته**)[١٣]؛ أي: أخذت

---

(١) ينظر: فتح القدير: ٣٥٩/٧.
(٢) في (أ): (ولا تعمل).
(٣) في (ج): (الأمور).
(٤) ينظر: الهداية: ١١٤/٣، العناية شرح الهداية: ٣٦٠/٧.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (ج): (يكون).
(٧) في (ج): (منه الألف).
(٨) في (ج): (المقتضي).
(٩) في (ج): (كما).
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) سقط من: (ج).
(١٢) في (ب): (أو قضاء).
(١٣) ينظر: الهداية: ١١٥/٣، العناية شرح الهداية: ٣٦٠/٧ ـ ٣٦١.

مني الألف أو قطعت يدي (**قبل ولايتك أو بعد عزلك، وادعى القاضي فعله في ولايته، فالقول له أيضاً**)؛ أي: القول للقاضي، وهذا القول (**هو الصحيح**)؛ لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان.

(**والقاطع**) يد المذكور، (**أو الآخِذَ منه**) الألف (**إن كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن هنا**)؛ يعني: لو قال: قطعت يده بأمر القاضي حال قضائه، وأنكر المقطوع، أو المأخوذ منه بأن قال: إنما كان قبل توليته القضاء، أو بعدها، فإنه يضمن أرش اليد، [أو الألف][1]؛ لأنه أقر بسبب الضمان، وهو مباشرته[2] الأخذ، أو القطع، وقَبُول [قول القاضي][3] في ذلك؛ لدفع الضمان عن نفسه[4] بسبب يخصه، وهو كي لا يمتنع عن قبوله، فتضيع الحقوق، وهو مفسدة عظيمة، فلا يوجب بطلانه عن غيره؛ لعدم الاشتراك في ذلك السبب كذا في ابن الهمام (**لا**)؛ أي: لا يضمن (**في الأول**)؛ يعني: إن أقر المقطوع، أو المأخوذ منه بأن ذلك كان في حال توليته[5] القاضي؛ لا يضمن؛ لثبوت فعله في قضائه بتصادقهما[6].

❖ ❖ ❖ ❖

(١) سقط من: (أ) و(ب).
(٢) في (أ): (مباشرة).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) ينظر: الهداية: ٣/١١٥، والعناية شرح الهداية: ٧/٣٦٢ ـ ٣٦٣.
(٥) في (أ): (تولية).
(٦) ينظر: الهداية: ٣/١١٥.

كتاب الشهادات

وجه إيراده بعد كتاب القضاء أنها: إنما تقبل في مجلس القاضي، ولا تكون ملزمة بدون قضاء القاضي (هي)؛ أي: الشهادة: (إخبار بحق للغير على الغير) سواء كان حق الله تعالى، أو حق غيره.

اعلم: أن الإخبارات فيما نحن فيه: إما إخبار بحق لنفس المخبر على الغير، وهو الدعوى[(١)]، أو إخبار بحق الغير على نفسه، وهو الإقرار[(٢)]، أو إخبار بحق على الغير، وهو الشهادة، وهذا[(٣)] أقرب إلى المعنى اللغوي[(٤)]، ولهذا قيده المصنِّف بقوله: (عن مشاهدة لا عن ظن)؛ أي: ناشئاً عن مشاهدة، وعيان لا عن ظن، وحسبان، ويدل على هذا قوله ﷺ: «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»[(٥)]؛ ولهذا قالوا: إنها

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٠٩/٢، واللباب في شرح الكتاب: ٢٦/٤، وحاشية ابن عابدين: ٦٢/٧.

(٢) ينظر: لسان الحكام في معرفة الأحكام: ص٢٦٥.

(٣) في (ج): (وهو).

(٤) عرف الماتن ـ صاحب الملتقى ـ الشهادة اصطلاحاً بتعريف جامع مانع، أما الشهادة في اللغة: فهي مأخوذة من مادة شهد، ومعناها: الحضور في مكان الواقعة والإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان، والشهادة: الخبر القاطع. ينظر: التعريفات: ص١٢٩، والتوقيف عن مهمات التعاريف: ص٤٣٩، وترتيب القاموس: ٧٦٧/٢، وتبيين الحقائق: ٢٠٦/٤.

(٥) هذا معنى ما ورد في: السنن الكبرى، للبيهقي: ٢٦٣/١٠، وضعفه محمد بن سليمان بن مسمول المخزومي المكي (ت: ١٩٠هـ)، ورواه الحاكم وصححه، وتعقبه الذهبي بأنه واهٍ. ينظر: المستدرك: ١١٠/٤، وتاريخ الإسلام: ص٩٥٨.

مشتقة من المشاهدة التي بمعنى: المعاينة[١]؛ لأن الشاهد يعاين الحادثة، وقيل: من الشهود بمعنى الحضور، فإن الشاهد يحضر إلى الحادثة علماً، ثم يجلس القضاء ذاتاً لأداء الشهادة، فسُمي الحاضر شاهداً، وأداؤه[٢] شهادة[٣].

(ومن تعيَّن لتحملها لا يسعه أن يمتنع منه)، وقال صاحب الهداية: الشهادة فرض [تلزم الشهود][٤]، ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي بها[٥]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ﴾ [البقرة: ٢٨٣] الآية، ولهذا قال المصنِّف: (ويفترض أداؤها بعد التحمل إذا طلبت منه)، والظاهر: أن المراد من الفرض المذكور فرض الكفاية، ولهذا استثنى المصنِّف بقوله: (إلا أن يقوم الحق بغيره)؛ يعني: إذا كان للمدعي شهود متعددون، ويمكن إثبات حقه[٦] باثنين منهم، يسقط فرض الأداء عن الباقين[٧].

❀ ❀ ❀

[حكم الشهادة في الحدود]

وسترها؛ أي: كتمان الشهادة (في الحدود أفضل) من أدائها؛ لما فيه من ستر الفاحشة[٨]، وقد ذم الله تعالى إشاعة الفاحشة في كلامه[٩]

(١) ينظر: الصحاح: ٢/٤٩٤.
(٢) في (ج): (أو أداؤه).
(٣) ينظر: المبسوط: ١٦/١١٢.
(٤) سقط من: (ب).
(٥) الهداية: ٣/١١٦.
(٦) في (ج): (لحقه).
(٧) في (أ): (الباقي). ينظر: عمدة الفقه: ص١٥١، والمبدع شرح المقنع: ١٠/١٤٦.
(٨) ينظر: الهداية: ٣/١١٦.
(٩) في (أ) و(ج): (كلام).

المجيد[١]، وقال ﷺ للذي شهد عنده[٢]: «لو سترته بثوبك، لكان خيراً لك»[٣]، وقال[٤] ﷺ: «من ستر[٥] على مُسْلم عيباً ستر الله عليه في الدنيا والآخرة»[٦]، وتلقينه للدرء[٧] بقوله ﷺ: «لعلك لمستها أو قبلتها»[٨] آية ظاهرة على رجحان الستر[٩].

(ويقول) الشاهد (في) شهادة (السرقة: أخذ) إحياء لحق المسروق منه ورعاية للستر، (لا) يقول: (سرق)[١٠]، فإن في الشهادة بالسرقة ترك الستر، وإبطال حق العبد، فإن القطع والضمان لا يجتمعان، فيلزم الضرر[١١] من الجانبين[١٢].

---

(١) يشير إلى قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿١٩﴾﴾ [النور: ١٩].

(٢) عنده: أي: هزّال الأسلمي، وهو أبو نعيم بن هزّال، وهو من بني مالك بن أفصى إخوة أسلم. ينظر: الطبقات الكبرى: ٣٢٣/٤.

(٣) بمعناه: ينظر: مسند أحمد: ٢١٤/٣٦، وما بعدها، سنن أبي داود: ١٣٤/٤، السنن الكبرى، للنسائي: ٤٦١/٦، والمستدرك وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي: (٣/٤ ـ ٤).

(٤) في (ج): (قال).

(٥) في (ب): (يستر).

(٦) في صحيح مسلم ورد بلفظ: «لا يستر الله على عبد في الدنيا، إلا ستره الله يوم القيامة»: ٢٠٠٢/٤، رقم: ٢٥٩٠، كتاب: البر والصلة والأدب، باب: بشارة من ستر الله تعالى عيبه في الدنيا.

(٧) الدرأ: الدفع. ينظر: جمهرة اللغة: ١٠٥٧/٢.

(٨) صحيح البخاري: ١٦٧/٨، رقم: ٦٨٢٤، كتاب: الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست، أو غمزت، بلفظ: «لعلك قَبَّلت، أو غمزت، أو نظرت».

(٩) ينظر: المبسوط: ١١٤/١٦، والاختيار لتعليل المختار: ١٣٩/٢.

(١٠) ينظر: التسهيل الضروري لمسائل القدوري: ١٩٣/٢.

(١١) في (أ): (التضرر).

(١٢) ينظر: الهداية: ١١٦/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٤٠/٢، والجوهرة النيرة: ٢٢٥/٢.

[والسرِقة بكسر الراء، والسرَقة بفتحها، مصدران من باب ضرب][١].

(وشُرط للزنا)؛ أي: لإثبات الزنا (أربعة رجال)[٢]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً مِّنكُمۡۖ﴾ [النساء: ١٥] الآية، وعدم جواز شهادة النساء؛ لما روي عن ابن أبي شيبة[٣] في مصنفه، قال: «مضت السُّنَّة من لدن رسول الله، والخليفتين من بعده: أن لا تجوز[٤] شهادة النساء في الحدود، والقصاص»[٥]، (وللقصاص، وبقية الحدود)؛ أي: سوى حد الزنا من حد الشرب، والسرقة، والقذف، واللعان، شرط (رَجلان)؛ لقوله ﷻ: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولا تُقبل فيها شهادة النساء؛ لما فيها من شبهة البدلية؛ لقيامها [مقام][٦] شهادة الرجال[٧] والحدود تندرئ بها[٨]، (وللولادة والبكارة)

---

(١) قوله: (السرقة بكسر الراء) إلى قوله: (ضرب) سقط من: (ب)، ينظر: المصباح المنير: ٢٧٤/١.

(٢) ينظر: المبسوط: ١١٤/١٦، والاختيار لتعليل المختار: ١٤٠/٢.

(٣) هو أبو بكر بن أبي شيبة عبدالله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبيسي مولاهم، كوفي صاحب المسند والمصنف، وغير ذلك، (ت: ٢٣٥هـ). ينظر: تاريخ أربل: ١٣٥/٢، وتذكرة الحفاظ: ١٦/٢ ـ ١٧، والوافي بالوفيات: ٢٣٧/١٧ ـ ٢٣٨، والأعلام، للزركلي: ١١٧/٤.

(٤) في (أ): (لا يجوز).

(٥) النص عن الزهري موجود فعلاً في المصدر المشار إليه وباللفظ نفسه لكن ليس فيه (والقصاص) فربما حذفت لكونه مندرجاً تحت (الحدود)، وعدم جواز شهادة النساء في الحدود مروي عن علي بن أبي طالب ﷺ ومن التابعين روي عن الشعبي والنخعي، والحسن البصري، والضحاك. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة: ٣٢٩/٤، ونصب الراية: ٧٩/٤.

(٦) سقط من: (ب).

(٧) ينظر: المبسوط: ١١٤/١٦، والهداية: ١١٦/٣.

(٨) الحدود تندرئ بالشبهات (وما يندرئ بالشبهات لا يثبت بحجة فيها شبهة تيسيراً للتحرز عنها، ولا يقال: فالشبهة في شهادة الرجال قائمة ما لم يبلغوا حد التواتر، =

وجوداً وعدماً، (وعيوب النساء)؛ يعني: الإماء (مما لا يطلع عليه الرجال، امرأة) واحدة[(١)]؛ لقوله ﷺ: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه»[(٢)]، والجمع المحلى باللام يراد به الجنس؛ إذا لم يكن ثمة معهود؛ إذ الكل ليس بمراد قطعاً، فيراد به الأقل؛ لتيقنه، لكن المثنى، والثلاث أحوط[(٣)]، وإذا شهدت امرأة على أنها بكر يؤجل زوجها العنين[(٤)] سَنَة، ويُفرَّق بعدها؛ لأنها تأبدت بالمؤيد؛ لأن البكارة أصل في النساء، وإذا شهدت على عيب جارية مشتراة يكون للمشتري حق الخصومة، لا الرد على البائع[(٥)].

(وكذا لاستهلال المولود)[(٦)]؛ أي: تصويته عند الولادة تُقْبل فيه شهادة امرأة واحدة[(٧)]، لكن (في حق [أ/٢٨٧] الصلاة) عليه (لا) في حق (الإرث)[(٨)]، هذا عند أبي حنيفة، (وعندهما): تُقبل شهادة المرأة الواحدة (في حق الإرث أيضاً)؛ لأن الاستهلال: صوت المولود في حال انفصاله عن بطن أمه، وذلك مما لا يحضره الرجال، فصار كشهادتهن على نفس الولادة، ولأبي حنيفة: إن سماع الصوت مما يطلع عليه الرجال[(٩)]،

= ولهذا لا يثبت علم اليقين بخبرهم؛ لأن تلك الشبهة لا يمكن التحرز عنها بجنس الشهود، فسقط اعتبارهم). المبسوط: ١١٤/١٦.

(١) ينظر: عمدة الفقه: ص١٥١، التسهيل الضروري لمسائل القدوري: ١٩٣/٢.

(٢) قال عنه الزيلعي: إنه غريب، مصنف عبد الرزاق: ٤٧٢/٧، رقم: ١٣٩٧٢، بلفظ: عن الزهري قال: «مضت السُّنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن». نصب الراية: ٨٠/٤.

(٣) ينظر: المبسوط: ١٤٣/١٦، الهداية: ١١٧/٣، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٣٧٢/٢، والفتاوى الهندية: ٤٢١/٣.

(٤) العنين: هو من لا يريد النساء، أو الذي لا يقدر على إتيان النساء، والعنة اسم من العنين. ينظر: الصحاح: ٢١٦٦/٦، والمغرب: ص٣٣٠.

(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٤٠/٢، والبناية شرح الهداية: ١٠٩/٨.

(٦) في (ب): (المعاود).

(٧) ينظر: الهداية: ١١٧/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٤١/٢.

(٨) ينظر: المبسوط: ١٤٤/١٦.

(٩) في (ب): (الرجل عليه).

فلا تكون شهادة النساء وحدهن حجة فيه بخلاف [نفس][(١)] الولادة[(٢)]؛ لأنها مما لا يشارك فيه الرجال النساء، فتقبل شهادتهن ثمة ضرورة، وأما قَبُول شهادتهن في حق الصلاة عليه، فلأن الصلاة من أمور الدِّين، وشهادتهن معتبرة في ذلك[(٣)]، وأما الإرث فهو من حقوق[(٤)] العباد، ولا تُقْبل شهادتهن وحدهن فيها.

(ولغير ذلك)؛ أي: يشترط في غير ما ذكر للشهادة **(رَجلان، أو رجل وامرأتان)**؛ [لأنه أقل نصاب يفيد العلم الذي هو مبنى الحكم][(٥)] **(مالاً كان)** الحق المشهود به، **(أو غير مال)**، [وفي الثاني[(٦)] خلاف الشافعي][(٧)]، وغير المال: **(كالنكاح، والرضاع، والطلاق، والوكالة، والوصية)**: والمراد بها: الإيصاء؛ لأنه بصدد تعداد غير المال، والوصية متعلقة بالمال، فهي مندرجة فيه[(٨)].

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) ينظر: الهداية: ٣/١١٧.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) في (أ): (في حوق).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) قال الإمام الشافعي (رَحِمَهُ اللَّهُ): (لا تجوز شهادة النساء إلا في موضعين: في مالٍ يجب للرجل على الرجل، فلا تجوز من شهادتهن شيء وإن كثرن إلا ومعهن رجل شاهد، ولا يجوز منهن أقل من اثنتين مع الرجل فصاعداً ولا نجيز اثنتين ويحلف معهما.....، والموضع الثاني: حيث لا يرى الرجل من عورات النساء فإنهن يجزن فيه منفردات، ولا يجوز منهن أقل من أربع.....، ولا يجوز في شيء من الحدود، ولا في شيء من الوكالات، ولا الوصاية، وما عدا ما وصفت من المال، وما لا يطلع عليه الرجال من النساء أقل من شاهدين، ولا يجوز في العتق، والولاء ويحلف المدعى عليه في الطلاق، والحدود، والعتق وكل شيء بغير شاهد وبشاهد فإن نكل ردت اليمين على المدعي، وأخذت له بحقه وإن لم يحلف المدعي لم آخذ له شيئاً، ولا أفرق بين حكم هذا وبين حكم الأموال). الأم: ٧/٥٠.

(٧) سقط من: (ب).

(٨) ينظر: المبسوط: ١٦/١١٥.

[شروط صحة الشهادة]

(**وشرط للكل**) من الصور الأربع المذكورة: (**الحرية**) مطلقاً، (**والإسلام**) في الشهادة على المسلم، (**والعدالة**) في الجميع، وهي كون حسنات الرجل أكثر من سيئاته، وهذا يتناول الاجتناب من الكبائر، وترك الإصرار على الصغائر؛ لأن الصغيرة تكون كبيرة بالإصرار[(١)] على ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا صغيرة مع الإصرار، ولا كبيرة مع الاستغفار**»[(٢)].

اعلم أن العدالة شرط لوجوب القَبُول لا لصحته، فالقاضي إذا قبل شهادة غير العدل، وحكم به صح حكمه، (**ولفظ الشهادة**)؛ يعني: من قوله: أشهد، أما الحرية؛ فلأن الشهادة حكم على المشهود عليه، والعبد لا حكم له على نفسه، فكيف على غيره؟!

وأما الإسلام؛ فلقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، نفى سبحانه استيلاء الكافر على المُسْلم، فدخل فيه الشهادة، ولقوله ﷺ: «**الإسلام يعلو ولا يعلى**»[(٣)]، وهو يقتضي عدم جواز شهادة الكافر على المسلم لا عكسه[(٤)]، وأما العدالة، فلأن الصدق يعتمدها، وأما لفظ الشهادة؛ فلأن النصوص قد وردت بهذا اللفظ، وجواز الحكم بالشهادة على خلاف القياس، فيقتصر على مورده.

---

(١) ينظر: الهداية: ٣٧٥/٧.

(٢) جامع العلوم والحكم: ١٧٩/١، روي عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً وموقوفاً، وعن أنس رضي الله عنه مرفوعاً، والمرفوع ضعفه الحافظان العراقي والسخاوي وغيرهما، لكن إسناد الموقوف منهما جيد. ينظر: المغني عن حمل الأسفار: ص١٣٥٢ ـ ١٣٥٣، والمقاصد الحسنة: ص٧٢٥ ـ ٧٢٦.

(٣) صحيح البخاري: ٩٣/٢، كتاب: الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات، والحديث مرفوع كما ذكر ابن حجر. ينظر: فتح الباري: ٢٧٠/١.

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٤١/٢.

اعلم أن كل موضع لا يشترط فيه لفظ الشهادة: كطهارة الماء، والموت، ورؤية هلال رمضان لا يكون الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية، بل من قبيل الإخبار، (فلا تصح) الشهادة (لو قال: أعلم أو أتيقن)؛ لكون[1] الشهادة غير مذكورة، والفاء للتفريع[2] (ولا يسأل قاضٍ)؛ أي: لا يستفسر (عن) عدالة (شاهد بلا طعن الخصم)؛ لأن ذلك نوع من التجسس، وقد نهينا عنه (إلا في[3] حدٍّ أو قَوَد)[4]، فإنه يسأل فيهما بالإجماع[5]، وإن لم يطعن احتياطاً، وهذا[6] الذي ذكر من[7] عدم السؤال عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يسأل) القاضي عن الشهود حتماً (في سائر الحقوق) من الحدود وغيرها (سراً وعلناً)؛ لأن مبنى القضاء على الحجة، وهي شهادة العدول، فلا بدَّ أن تُتَعرف عدالتهم بالسؤال عن أحوالهم[8]، وفي ذلك صون قضائه عن البطلان على تقدير[9] ظهور كونهم عبيداً، أو كفاراً.

(وبه)؛ أي: بقولهما (يُفْتَى في زماننا)، قيل: هذا الاختلاف [اختلاف عصر وزمان][10]، لا اختلاف حجة وبرهان[11]، فأبو حنيفة

---

(١) في (ب): (تكون).
(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٤١/٢، والعناية شرح الهداية: ٣٧٥/٧.
(٣) ينظر: الهداية: ١١٧/٣.
(٤) في (ب): (حد وقود).
(٥) تعقب الشارح بقوله: (وهذا الذي ذكر....عند أبي حنيفة، ...وعندهما.....) بعد قوله: بالإجماع، إشارة إلى أن الإجماع على جواز السؤال في الحد والقود من غير طعن الخصم هو إجماع فقهاء المذهب لا الأمة.
(٦) في كل النسخ (هذا).
(٧) في (أ): (في).
(٨) ينظر: النتف للفتاوى: ٦٣٧/٢، والهداية: ١٧٧/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٤٢/٢، والتسهيل الضروري لمسائل القدوري: ١٩٤/٢.
(٩) في (أ): (تقرير).
(١٠) سقط من: (ب).
(١١) ينظر: الهداية: ١١٨/٣.

أجاب في زمانه، وكان الغالب في أهله العدالة والتقى، وقد ورد في حقهم نص[١] الرسول ﷺ، وشهادته لهم بالخيرية، وهما أجابا في زمانهما، وقد تغير الناس، وكثر الفسق والفساد، ولو شاهد أبو حنيفة زمانهما، لقال بقولهما، وأيضاً هما باشرا القضاء، واطلعا على أمور تجري بين الناس لم يكن شيخهما يخطر ذلك بباله، فضلاً عن أن يشاهد عياناً[٢]، ولذلك كان الأولى الفتوى[٣]، والقضاء بقولهما، ثم السؤال عن الشهود والتزكية يكون سرّاً وعلانية[٤].

(**ويجزئ الاكتفاء بالسر**)، وهو أن يبعث القاضي إلى من يثق بتعديله رسولاً يفتش عن حال الشاهد سراً، أو يكتب سراً إليه رقعة فيها اسمه، ونسبه وحليته[٥]، ومسجده وسوقه إن كان سوقياً حتى يعرفه العدل، فيقول: ما تقول في فلان فقد شهد عندي بكذا، هل عدل؟ وللشهادة أهل؟ وهو يكتب فيها الجواب ويردها أيضاً سراً كي لا يعلم الشاهد بذلك، فيخدع[٦].

وتزكية العلانية: أن يجمع القاضي بين المعدل[٧] والشاهد في مجلس القضاء، فيسأل عن حاله مواجهة تحرزاً عن الشبهة[٨]، وقد كان السلف يكتفون بالعلانية في الصدر الأول، ثم آل الأمر إلى الاكتفاء بالسر، تحرزاً عن الفتنة.

---

(١) قال النبي ﷺ: «**خيركم قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم**» قال عمران: لا أدري أذكر النبي ﷺ بعد قرنين أو ثلاثة، قال النبي ﷺ: «**إن بعدكم قوماً يخونون ولا يؤتمنون، ويشهدون ولا يستشهدون، وينذرون ولا يفون، ويظهر فيهم السمن**». صحيح البخاري: ١٧١/٣، رقم: ٢٦٥١، كتاب: الشهادات، باب: لا يشهد على شهادة إذا أشهد.

(٢) في (ج): (عيناً).

(٣) في (ج): (بالفتوى).

(٤) ينظر: المحيط البرهاني: ٩٣/٨، والعناية شرح الهداية: ٣٧٨/٧.

(٥) في (ب): (حليته)، حليته؛ أي: صفته. الصحاح: ٢٣١٨/٦.

(٦) ينظر: الهداية: ١١٨/٣.

(٧) في (ب) و(ج): (العدل).

(٨) ينظر: العناية شرح الهداية: ١١٨/٩.

(ويكفي للتزكية: هو عدل، في الأصح)؛ لأن من نشأ في ديارنا؛ فالظاهر [من][(١)] حاله[(٢)] الحرية، والإسلام، ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد وإسلامه ما لم ينازعه الخصم، (وقيل: لا بدَّ) في التزكية (من قوله)؛ أي: قول المعدل: (هو عدل[(٣)] جائز الشهادة)؛ لأن العبد قد يكون عدلاً، والمحدود في القذف قد يتوب توبة نصوحاً، ويصير عدلاً، لكن لا تُقبل شهادتهما.

(ولا يصح[(٤)] تعديل الخصم) لمن شهد عليه، (بقوله: هو عدل، لكن أخطأ، أو نسي)، [وعن أبي يوسف: إنه يجوز تزكيته وحده، وعن محمد كذلك][(٥)]، لكن إذا انضم إليه مزكٍّ آخر؛ لأن العدد عنده شرط[(٦)]، لكن ظاهر الرواية هو القول[(٧)] الأول؛ أعني: عدم كون قول الخصم تزكية؛ لأن في زعم المدعي وشهوده أن عليه كذباً في إنكاره، ومبطل في إصراره، فلا يصلح معدلاً.

(فإن قال: هو عدل)، ولم يزد عليه من التخطئة، والنسيان؛ (صَدَق) على صيغة الماضي (ثَبَتَ الحَقُّ)؛ لأنه أقر بالحق، فيقضي بإقراره[(٨)] لا بتزكيته.

(ويكفي الواحد لتزكية[(٩)] السر، والترجمة): - بفتح الجيم - تفسير الكلام بلسان آخر، (والرسالة) من القاضي (إلى المزكي)، أو من المزكي

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) في (ج): (حال).
(٣) العدل: هو من لم تعرف له كبيرة، ولا مجاهرة بصغيرة، والكبيرة ما جاء فيها الوعيد، والصغيرة ما لم يأت فيها وعيد. ينظر: المحلى لابن حزم: ٣٩٣/٩، الكبائر للذهبي: ص٨.
(٤) في (ج): (ولا تصح).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ب): (شرط عنده).
(٧) في (ج): (قول).
(٨) ينظر: الهداية: ١١٨/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١٤٢/٢.
(٩) في (ب): (لتزكيته).

إلى القاضي (**والاثنان**[(١)] **أحوط**)، وأفضل عند الشيخين[(٢)]؛ لأن فيه زيادة طمأنينة، (**وعند محمد: لا بدَّ من الاثنين**) في كل ما ذكر.

له: إن التزكية في معنى الشهادة؛ لأن ولاية القاضي وقدرته على الحكم تَنْبَنِي على ظهور العدالة، وهو إنما يكون بالتزكية، فيشترط فيها العدد كما تشترط العدالة، ولهما: إن التزكية ليست في معنى الشهادة[(٣)]؛ ولهذا لا يشترط فيها لفظ الشهادة، [واشتراط العدد [أ/٢٨٨] في الشهادة][(٤)] أمر حكمي[(٥)] ثبت بالنص على خلاف القياس، فلا يتعدى إلى غير الشهادة[(٦)]، ولا يشترط في العدل أهلية الشهادة في تزكية السر حتى يصلح العبد مزكياً فيها؛ لأنها من الإخبار بأمر ديني، أما تزكية العلانية فهي فيها شرط.

ولذلك قال المصنِّف: (**وتشترط الحرية**)، وكذا العدد بالإجماع[(٧)] (**في تزكية العلانية دون السر**)، وتشترط الذكورية في مزكي شهود الحدود كما [هي][(٨)] شرط في شهودها؛ لشبهة البدلية، وتشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد[(٩)].

---

(١) في (ج): (والاثنين).

(٢) في (أ): (الشيوخ).

(٣) ينظر: الهداية: ١١٩/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٤٣/٢.

(٤) سقط من: (ج).

(٥) أمر حكمي: (يعني: تعبدي، وهذا زيادة على كونه تعبدياً؛ إذ في القياس يكفي الواحد العدل؛ لأن خبره موجب للعمل لا علم اليقين، وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها؛ أي: لا يتعدى الشهادة إلى التزكية). فتح القدير: ٣٨٢/٧.

(٦) في (أ): (الشهود) وسقط من: (ب) و(ج).

(٧) أغلب الظن أنه اتفاق علماء المذاهب. ينظر: المحيط البرهاني: ٩٨/٨، ومنح الجليل شرح مختصر خليل: ٤٠٨/٨، والحاوي الكبير: ١٨٧/١٦، والمغني: ٥٠/١٠.

(٨) سقط من: (أ) و(ب).

(٩) ينظر: الهداية: ١١٩/٣.

فصل

في بيان ما يتحمله الشاهد، وكيفية التحمل، وكيفية الأداء، وما يتعلق بذلك.

اعلم أن الشاهد (**يشهد بكل ما سمعه، أو رآه**) قدم السمع على الرؤية؛ لكثرة متعلقاته، وشرف آلته، ولهذا تجده [مقدماً](١) في النصوص الشرعية من الكتاب والسنَّة، ولأن العقود التي تشتمل على الإيجاب والقبول إذا صدرت من أربابها، فالشاهد يدركها بحاسة السمع (**كالبيع**)، بأن سمع قول البائع: بعت، وقول المشتري: اشتريت، (**والإقرار**)، بأن سمع قول المقر: لفلان عليَّ كذا، (**وحكم الحاكم**)، وعقد النكاح ونحوها(٢)، (**والغصب والقتل**) يدرك(٣) بحاسة البصر، فالشاهد إذا عاين شيئاً من هذه كان له أن يشهد به إذا دعي إلى الشهادة.

(**وإن**) ـ [وصلية](٤) ـ (**لم يُشهد عليه**)، بأن يقال له: اشهد عند التحمل(٥)؛ لأنه علمه عياناً، قال ﷺ: «**إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع**»(٦)، ومن سمع من(٧) وراء حجاب لم يجز أن يشهد؛ لأن الصوت يشبه الصوت، ولو سمع إقرار من في البيت، ولا يراه،

---

(١) سقط من: (أ).

(٢) ينظر: الهداية: ٣/١١٩.

(٣) في (أ): (ويدرك).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) في (ج): (الحمل).

(٦) هذا معنى ما ورد في: السنن الكبرى، للبيهقي: ١٠/٢٦٣، وضعفه محمد بن سليمان بن مسمول، ورواه الحاكم وصححه، وتعقبه الذهبي بأنه واهٍ. ينظر: المستدرك: ٤/١١٠.

(٧) في (أ): (في).

وعلم أنه ليس فيه غيره؛ حل له أن يشهد؛ بحصول[١] العلم به[٢]، (ويقول) فيما إذا لم يشهد: (أشهد، لا: أشهدني)؛ أي: إذا سمع المبايعة ـ مثلاً ـ ولم يشهد عليها، أو رأى الغصب، ولم يشهد عليه يقول: أشهد أنه باع، أو أنه أخذ؛ لأنه صادق، ولا يقول: أشهدني؛ لأنه يكون كاذباً[٣].

(ولا يشهد على شهادة غيره إذا سمع أداءها) عند القاضي من ذلك الغير الذي هو شاهد الأصل، (أو) سمع، (إشهاد الغير عليها)؛ أي: لو سمع شاهد الأصل يقول للفرع: أشهد على شهادتي؛ لم يجز له أن يشهد مع ذلك الفرع عليها، (ما لم يُشهد) على صيغة المجهول (هو عليها)؛ لأنه لم يحمله، وإنما حمله[٤] غيره[٥].

(ولا يعمل شاهد ولا قاض) في الأحكام، (ولا راوٍ بخطه) إذا رآه في صك أو جزء، أو غير[٦] ذلك من المكاتيب[٧] (ما لم يتذكر) مفهوم ذلك الخط، وفحواه عند أبي حنيفة؛ لأن الخط يشبه الخط، فلا يحصل العلم من غير تذكر، (وعندهما: يجوز) له (أن) يعمل بموجب خطه، إن (كان) الخط، أو ما هو مثبت فيه (محفوظاً في يده) كالمحاضر[٨]، والسجلات، والوثائق، وكتب الحديث، وأجزائه[٩]، وهما يجوزان العمل بالخط إذا لم يشك في أنه خطه، وإن لم يتذكر الحادثة ترخصاً، وتسهيلاً، وعلى هذا الخلاف إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة، أو أخبره

---

(١) في (أ) و(ب): (الحصول).
(٢) ينظر: الهداية: ١١٩/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١٤٣/٢، والفتاوى الهندية: ٤٢١/٣.
(٣) ينظر: العناية شرح الهداية: ٣٨٣/٧.
(٤) ينظر: الهداية: ١١٩/٣.
(٥) في (أ): (حمل).
(٦) في (أ): (وغير).
(٧) في (ج): (المكاتب).
(٨) ينظر: الهداية: ١٢٠/٣.
(٩) في (أ): (أجزائه).

قوم ممن يثق بهم: أنا شهدنا نحن وأنت بكذا، يجوز أن يشهد بذلك عندهما لا عنده[١].

(ولا) يجوز لأحد أن (يشهد بما لا يعاينه) بالاتفاق[٢]، هذه مسألة الشهادة بالتسامع، وهي معروفة، ولما سبق أن العلم شرط لأداء الشهادة، وهو إما[٣] بالرؤية، أو بالسماع لما يكون حاضراً، فلا يجوز الشهادة بدون ذلك (إلا النسب)[٤].

صورته: أن يسمع الشاهد من[٥] الناس أن فلان[٦] بن فلان، أو [أباه][٧]، أو [أخاه][٨]، ووقع[٩] في قلبه صدق ذلك، بحيث لا يزول بتشكيك المشكك جاز له أن يشهد بذلك، وإن لم يعاين نسبه[١٠].

وصورته: إذا رأى أقاربه محزونين، وسمع من الناس أن فلاناً مات، (والنكاح، والدخول) بامرأته، وصورته[١١]: أن يعاين الدعوة، والوليمة، ويسمع الناس يهنئونه: بالرفاه[١٢] والبنين، ونحو ذلك، ويجوز في المهر أيضاً؛ لأنه تابع للنكاح[١٣]، (وولاية القاضي، وأصل الوقف)[١٤] المراد

(١) ينظر: الهداية: ١٢٠/٣.
(٢) ينظر: المصدر السابق، ونهاية المطلب في دراية المذهب: ٦٠٧/١٨، والمقدمات الممهدات: ٢٧١/٢، والمبدع في شرح المقنع: ٢٨٥/٨.
(٣) في (أ): (ما).
(٤) ينظر: المبسوط: ١٤٩/١٦.
(٥) في (أ): (في).
(٦) في (ب): (فلاناً).
(٧) في(أ) و(ب): (أبوه)، وفي(ج): (أبواه).
(٨) في النسخ كلها (أخوه).
(٩) في (أ): (وقع).
(١٠) في (أ) و(ب): (سببه).
(١١) في (ب): (صورته).
(١٢) في (أ): (بالزفاف) وفي (ج): (بالرفاء).
(١٣) ينظر: المبسوط: ١٤٩/١٦.
(١٤) الوقف: (وهو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، ولا يلزم إلا أن=

به: بيان أن هذه الضيعة وقف على كذا، فبيان المصرف داخل في أصل الوقف قيد به؛ لأن الشهادة على الشروط[١] بالتسامع[٢] لا تحل.

ولو شهدوا بالوقف، وصرحوا بالتسامع تقبل، والمصنف أجمل شرط الشهادة بالتسامع في هذه الصور[٣] المذكورة بقوله: (**إذا أخبره بها**)، وهو ظرف لما قبلها[٤]؛ يعني: يشهد بهذه المذكورات بالتسامع إذا أخبره بها، والمراد بأحدها (**من يثق به**)، ويصدق خبره (**من عدلين، أو عدل، وعدلتين**)، بيان لقوله: من يثق به، ومعناه: أن لا يكون أقل من ذلك، وكلما زاد المخبر فهو أولى.

والقياس: أن لا تجوز[٥] الشهادة في هذه المذكورات إلا بعلم كما مر، ولا يحصل العلم إلا بالمشاهدة [والعيان][٦]، أو بالخبر المتواتر، ولم يوجد، فصار كالبيع[٧]، فإنه لا يجوز ذلك فيه، ووجه الاستحسان: أن هذه المذكورات أمور لا يمكن إطلاع كل أحد عليها، وإنما تختص مشاهدتها بخواص من الناس، وتتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الأعصار، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج[٨] وتعطيل تلك الأحكام، بخلاف البيع؛ لأنه كلام يسمعه كل أحد.

(**وفي الموت يكفي**) خبر (**العدل**) الواحد (**ولو**) كان المخبر (**أنثى**) إذا وقع في قلبه صدقها، (**وهو المختار**)؛ لكراهة الناس مشاهدة تلك

= يحكم به حاكم، أو يقول: إذا مت فقد وقفته). الاختيار لتعليل المختار: ٤٠/٣.

(١) في (ب): (الشرط).
(٢) (الواو) سقط من: (أ).
(٣) في (أ) و(ج): (صور).
(٤) في (ب) و(ج): (قبله).
(٥) في (أ) و(ج): (لا يجوز).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (ب): (كالمبيع).
(٨) في (ج): (الخروج).

الحالة، فلا يحضرها غالباً إلا أحد[١].

[ثم إن المصنِّف فصل بعض ما أجمله في أقسام الشهادة بالاستفاضة، فقال][٢]: (**ويشهد من رأى**)[٣] إنساناً (**جالساً مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم**) على (**أنه قاض**) [ـ بفتح الهمزة ـ؛ لأنه[٤] مفعول يشهد][٥]، وإن لم يشهد[٦] تقليد الإمام إياه؛ إذ بعيد أن يجلس أحد ذلك المجلس من غير أن يكون مولى[٧].

(**ومن رأى رَجلاً وامرأة يسكنان بيتاً معاً بينهما**[٨] **انبساط الأزواج**) في الأكل والشرب، والنوم، ونحو ذلك؛ جاز له أن يشهد على (**أنها زوجته**)، وأنه زوجها، وإن لم يكن شاهد عقد[٩] النكاح بينهما، ولم يخبره أحد بأنهما زوجان عملاً بظاهر الحال[١٠]، (**ومن رأى شيئاً سوى الآدمي**) المراد به: هو الكبير، والصغير الذي يُعَبِّر عن نفسه؛ لأن له يداً على نفسه، فيدفع [به][١١] الغير عن نفسه، حتى لو ادعى أنه حر الأصل كان القول له (**في يد**) شخص (**متصرف فيه تصرف الملاك**) من الأثواب،

---

(١) أحَدٌ، أصلها: وَحَدٌ فأبدلت الواو همزة، ويقع على الذكر والأنثى. ينظر: المصباح المنير: ٢/٦٥٠.

(٢) من قوله: (ثم إن المصنِّف فصل) إلى قوله: (فقال) سقط من: (ب).

(٣) ينظر: الهداية: ٣/١٢٠، المحيط البرهاني: ٨/٣٠٢.

(٤) في (ج): (أنه).

(٥) سقط من: (ب)، وقوله: (بفتح الهمزة)؛ أي: همزة (أنه) في قوله: (أنه قاضٍ)؛ لأن الجملة وقعت في محل نصب مفعولاً لـ(يشهد) و(أنَّ) المفتوحة هي وما بعدها بمنزلة المصدر، والتقدير هنا (ويشهد رؤيته). ينظر: منازل الحروف، للرماني: ص٥٨.

(٦) في (أ) و(ب): (يشاهد).

(٧) في (ب): (معلمه).

(٨) في (ب) و(ج): (وبينهما).

(٩) في (ج): (شاهداً عنده).

(١٠) ينظر: الهداية: ٣/١٢٠، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢/٣٧٥.

(١١) سقط من: (ب).

والأمتعة، وما يتمول عادة؛ جاز للرائي أن يشهد على (أنه)؛ أي: ذلك الشيء (له) [أ/٢٨٩]؛ أي: لذلك المتصرف.

صورته: رَجل رأى عيناً في يد إنسان، ثم رأى ذلك العين في يد آخر، والأول يدعي المِلْك، وَسِعَه[١] أن يشهد بأنه للمدعي؛ لأن المِلْك في الأشياء لا يعرف يقيناً بل ظاهراً، فاليد بلا منازعة دليل الملك ظاهراً[٢] (إن وقع في قلبه ذلك)؛ أي: إنَّ[٣] له هذا الشرط عند أبي يوسف، (والآدمي) الكبير (إن عَلِمَ رِقَّه)، أو رآه يخدم ذا اليد خدمة المماليك للملاك، (أو كان) ذلك الآدمي (صغيراً لا يُعَبِّر عن نفسه)؛ يعني: لم يعرف برقه، (فكذلك)؛ أي: يجوز للرائي[٤] أن يشهد أنه عبده أو أمته؛ لأن الرقيق لا يكون يد[٥] نفسه، وكذلك الصغير الذي لا يُعبِّر عن نفسه لا يد له، فهو بمنزلة المتاع ولا عبرة بلسانه، أو قيافته[٦].

(ولو فسر للقاضي) الضمير المستتر يعود إلى الموصول، وهو من تكرر ذكره سابقاً، وهو عبارة عن الشاهد؛ أي: لو صرح للقاضي، وبين (أنه شهد بالتسامع) في غير صورة الموت، والوقف (أو) أنه[٧] شهد (بمعاينة اليد لا يقبلها)؛ أي: لا يقبل القاضي حينئذ تلك الشهادة؛ لأن تفسيره[٨] يشعر بأنه ليس على يقين مما شهد به.

(ومن شهد أنه حضر دفن زيد، أو صلى عليه؛ قُبِلَت، وهو عيانٌ، ومن شهد[٩] أنه حضر دفن زيد، أو) شهد أنه (صلى عليه)؛ أي: على

(١) في (ج): (ويسعه).
(٢) في (أ): (مظاهراً)، ينظر: الهداية: ١٢١/٣.
(٣) في (ب) و(ج): (أنه).
(٤) في (أ): (للرأي).
(٥) في (أ): (قيد).
(٦) ينظر: الهداية: ١٢١/٣.
(٧) في (ب): (وأنه)، وفي (ج): (أن).
(٨) في (ج): (نفسه).
(٩) زيد في: (ج) ـ في هذا الموضع ـ (به).

جنازته؛ (قُبِلَت) شهادته، ولو لم يقل: شاهدتُ موته، بل ولو قال: لم أرَ وفاته، (وهو)؛ أي: كل واحد من الحضور، والصلاة (عيان) للموت؛ إذ لا يدفن إلا الميت، ولا يصلى إلا عليه[1].

❁ ❁ ❁

باب من تُقبل شهادته ومن لا تُقبل
[من لا تقبل شهادته]

(لا تقبل شهادة الأعمى) عند أبي حنيفة، ومحمد مطلقاً؛ أي: سواء كان بصيراً وقت التحمل أو لا، وسواء كانت فيما يجري فيه التسامع أو لا[2]، وقال زفر، وهو رواية عن أبي حنيفة: تقبل فيما يجري فيه التسامع؛ لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه، ولا مدخل للبصر (خلافاً لأبي يوسف)، والشافعي (فيما إذا) كان (تحملها) حال كونه[3] (بصيراً) ثم عمي[4]، فإنها تقبل؛ لحصول العلم له وقت التحمل[5] بالمشاهدة، والأداء إنما يكون بالقول، ولنا: إن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له، [والمشهود][6] عليه، والأعمى لا يميز إلا بالصوت[7]، وقال مالك: تقبل شهادته مطلقاً[8].

(ولا) تقبل (شهادة المملوك) مطلقاً سواء كان قِنّاً، أو مكاتباً، أو مدبراً.

---

(١) ينظر: كنز الدقائق: ص٤٧٢، والعناية شرح الهداية: ٣٩١/٧.
(٢) ينظر: تحفة الفقهاء: ٣٦٢/٣.
(٣) في (أ) (ككونه).
(٤) ينظر: الأم: ٤٨/٧.
(٥) في (ج): (الحمل).
(٦) سقط من: (ج).
(٧) ينظر: المبسوط: ١٢٩/١٦، شرح أدب القاضي: ٤٤٠/٤ ـ ٤٤١.
(٨) ينظر: القوانين الفقهية: ص٢٠٣.

(ولا) شهادة **(الصبي)** خلافاً لمالك فيهما[١]، ولنا: **إن الشهادة من باب الولاية؛ لما فيها من إلزام الغير، وكل منها لا يلي على نفسه، فأولى أن لا تثبت له ولاية على غيره (إلا إن تحملا)** الشهادة **(حال الرق، والصغر**[٢]، **وأديا بعد العتق والبلوغ)**[٣]؛ لأن اعتبار الأهلية في الشهادة إنما يكون حال الأداء لا حال التحمل.

(ولا) تقبل **(شهادة المحدود في قذف، وإن)** ـ [وصلية][٤] ـ **(تاب)** بعد ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، فيتأبد [به][٥] الرد، وقال الشافعي: تقبل شهادة المحدود في القذف إذا تاب؛ لقوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [النور: ٥]، والاستثناء متى تعقب كلمات عطف بعضها على بعض ينصرف إلى جميع ما تقدم[٦].

ولنا: إن رد شهادته من تمام حده، والاستثناء ينصرف إلى ما يليه، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤]، والتائبون ليسوا من الفاسقين؛ لأن «التائب من الذنب كمن لا ذنب له»[٧]، والواو في قوله: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤] للاستئناف لا للعطف، فيكون منقطعاً عن الأول، فينصرف الاستثناء إليه ضرورة، **(إلا إن حد كافراً، ثم أسلم)**، فإنه تُقبل شهادته بعد الإسلام[٨]؛ لأن عدم القَبُول كان في حق شهادة الكفر، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى.

---

(١) أجاز مالك شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الدماء بشرط أن يتفقوا في الشهادة وأن يشهدوا قبل تفرقهم وأن لا يدخل بينهم كبير. ينظر: المدونة: ٢٦/٤، والقوانين الفقهية: ص٢٠٢.

(٢) في (أ): (والصغير).

(٣) في (ب): (البلوغ والعتق).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) سقط من: (ب).

(٦) ينظر: الأم: ٤٧/٧.

(٧) سنن ابن ماجه: ١٤١٩/٢، السنن الكبرى، للبيهقي: ٢٥٩/١٠، البدر المنير، وقال: هذا منقطع وموقوف: ٦٦١/٩.

(٨) ينظر: المبسوط: ١٢٥/١٦، الهداية: ١٢١/٣.

(ولا) تجوز[(١)] (الشهادة لأصله) الضمير يعود إلى الألف واللام في الشهادة؛ لأنها عبارة عن الشاهد؛ لكونها بدلاً عن الضمير العائد إليه، (وإن علا) كأبيه وأمه، وأجداده، وجدَّاته من الجانبين، (و)لا تجوز أيضاً (فرعه، وإن سفل): كالأولاد، وأولاد الأولاد وهلم جرّاً.

(و)لا (عبده)[(٢)] سواء كان مديوناً أو لا، (ومكاتبه)، ومدبره، وأم ولده، (ولا) من (أحد الزوجين للآخر)[(٣)] خلافاً للشافعي في الأخيرين[(٤)].

والدليل لنا [في الكل][(٥)] قوله ﷺ: «**لا تقبل شهادة الولد لوالده، ولا الوالد لولده، ولا امرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا المولى لعبده، ولا الأجير لمن استأجره**»[(٦)]، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة، ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم، فتكون شهادة لنفسه من[(٧)] وجه، أو تتمكن فيه الشبهة، أو تتحقق التهمة.

والمراد بالأجير على ما قالوا: التلميذ الخاص الذي يَعُدُّ ضَرَرَ أستاذه ضَرَرَ نفسه، وَنَفْعَهُ نفعَ نفسه، وهو معنى قوله ﷺ: «**لا شهادة للتابع بأهل البيت**»[(٨)]، وقيل المراد: الأجير مسانهة أو مشاهرة، فيستوجب الأجر

---

(١) في (أ): (لا يجوز).
(٢) ينظر: شرح أدب القاضي: ٤١٢/٤ ـ ٤٣٧.
(٣) ينظر: المبسوط: ١٣٦/١٦.
(٤) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي: ١٦٦/١٧.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) مصنف ابن أبي شيبة: ٥٣١/٤، نصب الراية: ٨٢/٤، وقال الزيلعي: غريب.
(٧) في (أ): (في).
(٨) مصنف عبد الرزاق الصنعاني: ٣٢٠/٨، بلفظ: قال الرسول ﷺ: «لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت وتجوز شهادته لغيرهم» قال: والقانع التابع الذي ينفق عليه أهل البيت. ينظر: مسند أحمد: ٥٠١/١١، نصب الراية: وقال: حديث ضعيف ٨٣/٤، تنقيح التحقيق للذهبي وقال: محمد بن راشد ضعيف، ٣٢٨/٢.

بمنافعه عند أداء الشهادة، فيصير كالمستأجر عليها، كذا في الهداية[(١)].

(و)لا تُقبل شهادة (الشريك لشريكه فيما هو) الظرف المتعلق بالشهادة (من شركتهما)؛ لأن ذلك شهادة لنفسه من وجه، قيد بقوله فيما هو من شركتهما؛ لأن شهادته له فيما عدا ذلك مقبولة؛ لانتفاء التهمة.

(ولا) تقبل (شهادة المخنث)، المراد به: (الذي يفعل الرديء)؛ أعني: الذي يمكن الرجال من اللواط فيه؛ لأنه فاسق لإصراره عليه، بل هو أرذل الفاسقين، وإنما وصفه بما ذكر؛ لأن لفظ المخنث لغة: يطلق على هذا، وعلى الذي في كلامه لين، وفي آلته تكسر[(٢)] خِلْقَةً[(٣)]، ولم يفعل الرديء، وهو مقبول الشهادة[(٤)].

(و)لا تُقبل شهادة (النائحة، والمغنية)؛ لأنهما ترتكبان المُحَرَّم طمعاً في المال، وقد نهى النبي ﷺ عن الصوتين[(٥)] الأحمقين: [النائحة، والمغنية[(٦)]][(٧)]، فالنائحة[(٨)]: هي التي تأتي بكلام يهيج البكاء في مصيبة غيرها[(٩)]، والمغنية: هي التي تتغنى بأشعار تورث الشوق والفرح في الولائم وغيرها[(١٠)]، وقد جعلت كل واحدة منهما ذلك مكسباً، فلا يبعد

---

(١) ينظر: الهداية: ١٢٢/٣، ودرر الحكام: ٣٧٩/٢.

(٢) في (ج): (مكسر).

(٣) المخنث: الانخناث: التثني والتكسير، وتخنيث الكلام: تليينه، والمخنث من ذلك للينه وتكسره. ينظر: طلبة الطلبة: ص١٧١، ولسان العرب: ١٤٥/٢ مادة (خنث).

(٤) أي: إن الذي في كلامه لين، وفي أعضائه تكسر؛ فهو مقبول الشهادة؛ فإن مجرد ذلك ليس رديئاً. ينظر: الهداية: ١٢٢/٣.

(٥) في (أ): (الصورتين)، وفي (ج): (صوتين).

(٦) سقط من: (ب).

(٧) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة: ٦٢/٣، وسنن الترمذي: ٣١٩/٣، والسنن الكبرى، للبيهقي: ١١٥/٤، والبدر المنير، وقال عنه: ضعيف: ٣٦١/٥.

(٨) في (ب): (النائحة)

(٩) ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٠٨/٧.

(١٠) ينظر: البناية شرح الهداية: ١٤٤/٩.

أن ترتشي على الشهادة الكاذبة، مع [أن][(١)] رفع الصوت من المرأة منهي عنه[(٢)]، فكيف إذا كان مقترناً بالمعصية.

(و)لا تقبل شهادة (العدو) إذا كانت المعاداة[(٣)] (بسبب دُنْيَا على عدوِّه)؛ لأن المعاداة لأجل الدنيا حرام، فمن ارتكبها لا يؤمَن من الكذب عليه، أما لو كانت العداوة بسبب أمر دِيني، فهي تدل على قوة دِينه وعدالته [أ/٢٩٠]، فلا تكون[(٤)] مانعة[(٥)]، [وفي القنية[(٦)]: هذا إذا كان غير عدل، وإن كان عدلاً؛ لا تُقبل في الصحيح][(٧)].

(و)لا تُقبل شهادة (مدمن الشرب)؛ يعني: من يداوم[(٨)] شرب الأشربة المحرمة، فإن في إدمان شرب غيرها لا تسقط عدالته، ما لم يسكر (على اللهو)؛ أي: الطرب شرط الإدمان ليكون ذلك ظاهراً منه، فإن من شرب الخمر سراً، ولا يظهر ذلك لا يخرج من كونه عدلاً وإن كان شرب خمراً، والخمر كبيرة، وإنما تسقط عدالته إذا كان يظهر ذلك أو يخرج سكراناً، أو يلعب به الصبيان؛ إذ لا مروءة لمثله[(٩)]، ولا يحترز عن الكذب عادة، وقيد (اللهو) للاحتراز عن الشرب للتداوي بقول الأطباء: إنه لا علاج لهذا المرض إلا الشرب، فإنه لا يسقط العدالة؛ للاختلاف في حرمتها حينئذ[(١٠)].

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).
(٢) ينظر: الهداية: ١٢٢/٣.
(٣) في (أ): (المعادات).
(٤) في (ج): (فلا يكون).
(٥) ينظر: المبسوط: ١٣٣/١٦.
(٦) ينظر: خليج البحار: ص٤٢٠.
(٧) من قوله: (وفي القنية) إلى قوله: (الصحيح) سقط من: (ب). ينظر: القنية: لوحة ٣٠٩.
(٨) في (ب): (يدوم).
(٩) ينظر: المبسوط: ١٣١/١٦، والهداية: ١٢٢/٣.
(١٠) قال الإمام مالك وأحمد: لا يجوز شرب الخمر، ولا الانتفاع به، وقال أبو حنيفة:=

وكذلك (من يلعب بالطيور)، [وفي قوله: (يلعب) إشارة إلى أنه لو اتخذ طيوراً في بيته للاستئناس لا يكون مسقطاً للشهادة؛ لأن اتخاذ الحَمَام في البيوت مباح][١]، خص البعض ذلك بالحَمَام كما هو المتعارف، والظاهر: أنه أعم، كمن يلعب بالعصافير، فإن ذلك مناف للمروءة، ومانع لقَبُول الشهادة.

وقول المصنِّف: (أو بالطنبور)[٢] بناءً على ما اشتهر من اختلاف النسخ في هذا المحل، فإن في بعضها: الطيور، وفي بعضها: الطنبور، والظاهر: أن الذي يلعب بالطنبور من قسم المغني، فهو مندرج تحت قوله: (أو يغني للناس)، ولو أتى ههنا بالواو مكان (أو) لكان أولى [وأظهر][٣]، لكنه حاول أن يفرق بين الطنبوري والمغني[٤]؛ لأنه قد يغني بلا طنبور، [وإنما قال: (يغني للناس)؛ أي: يسمعهم؛ لأنه لو تغنى رَجل لنفسه، لدفع وحشته فلا بأس به، وإن سمعوا صوته، بخلاف المروءة كما مر.

فلا تكرار في الجمع بين قوله: (ومغنية)، وقوله: (أو يغني للناس)

= يجوز شرب الخمر عند العطش، لكن يشرب بقَدْر ما يرويه، ويدفع عطشه فقط، دون التداوي، وقال الشافعي في أحد أقواله: لا يجوز شربه مطلقاً، والقول الثاني: يجوز شرب اليسير منها للتداوي فقط، والثالث: للعطش فقط، واتفقوا على أن تحريم الخمر لعلة هي الشدة. ينظر: مختصر الخرقي: ص٣٦، والمعونة على مذهب عالم المدينة: ٧٠٩/١، والإرشاد إلى سبيل الرشاد: ص٣٩٣، ونهاية المطلب في دراية المذهب: ٣٢٦/١٧ ـ ٣٢٧، والمبسوط: ٩/٢٤، والمحيط البرهاني: ٣٧٣/٥، والتلقين: ١١١/١، واختلاف الأئمة العلماء: ٢٩٦/٢، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: ٥٣٢/٢.

(١) من قوله: (وفي قوله) إلى (مباح) سقط من: (ب).

(٢) الطنبور: بالضم معروف، الذي يلعب به، فارسي معرب شبه بألية الحَمَل، وقيل: هو آلة من آلات الطرب. ينظر: لسان العرب: ٥٠٤/٤ (مادة طنبر)، تاج العروس: ٤٣٨/١٢، والمعجم الوسيط: ١٤٠/١.

(٣) سقط من: (ب).

(٤) ينظر المبسوط: ١٣١/١٦، والهداية: ١٢٢/٣.

كما توهم بعضٌ][1]، وتعليلهم عدم قَبُول شهادة من يلعب بالطيور؛ لإيرائه شدة غفلته، وإصراره على نوع [من][2] اللعب، وغلبة نظره على عورات النساء في السطوح، وغيرها، وذا[3] فسق[4].

(أو يلعب بالنرد)[5]؛ يعني: سواء قامر به أو لا، فإن لعبه مسقط للشهادة؛ لما روي [أن][6] النبي ﷺ قال: «**من يلعب بالنردشير فقد عصى أبا[7] القاسم**»[8]، (**أو يقامر بالشطرنج**): هو[9] بكسر الشين وفتحها، والفتح[10] أفصح معرب (صدرنك، والرنك) بالفارسية[11]: الحيلة، والقمار: أن يأخذ من صاحبه شيئاً في [اللعب][12]، (**أو تفوته**[13] **الصلاة بسببه**)؛ أي: بالشطرنج، فيه إشارة إلى أن مطلق اللعب به[14] ليس بحرام؛ لما ورد عن بعض السلف اللعب به[15]،

---

(١) من قوله: (وإنما قال) إلى قوله: (بعض) سقط من: (ب).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) في (أ) و(ج): (ذا).
(٤) ينظر: الهداية: ١٢٢/٣.
(٥) النرد: شيء يلعب به، فارسي معرب وليس بعربي وهو النردشير، وقيل: لعبة ذات صندوق وحجارة وفصين، تعتمد على الحظ، وتنقل فيها الحجارة على حسب ما يأتي به الفص (الزهر)، وتعرف عند العامة بـ(الطاولة). ينظر: لسان العرب: ٤٢١/٣، المعجم الوسيط: ٩١٢/٢.
(٦) سقط من: (أ).
(٧) في (أ): (بأبي).
(٨) صحيح مسلم: ١٧٧٠/٤، رقم: ٢٢٦٠ كتاب: الشعر، باب: تحريم اللعب بالنردشير.
(٩) في (ج): (وهو).
(١٠) في (ب): (والكسر).
(١١) في (أ): (في الفارسية)، ينظر: فرهنگ فرزان: ص٦٢٨، كلمات حرف الصاد.
(١٢) سقط من: (ب).
(١٣) في (ب): (تفوت).
(١٤) (به) سقط من: (أ).
(١٥) اختلف أهل العلم في اللعب بالشطرنج على غير اختلافهم في اللعب بالنرد؛=

ولهذا أباحه الشافعي[(١)]، ونقل عن سعيد بن جبير[(٢)]: أنه كان يلعب به[(٣)]، وبالجملة، فإنه لانهماك الأكابر عليه، وتلهي السلاطين به؛ صارت البلوى به عامة، ولا يمكن تضليل أكثر الأمة بسببه، فما لم يشتمل على محذور: كالقمار، وفوت الصلاة بسببه لا يكون مانعاً لقبول الشهادة ضرورة.

(أو يرتكب ما)؛ [أي][(٤)]: من الكبائر **(يوجب الحد)**؛ أي: لا تُقبل شهادة من يرتكب أمراً حراماً يوجب الحد: كالزنا والسرقة، وقتل نفس بغير حق؛ لأنه من الكبائر، ومرتكبها لا يبالي بالكذب، ولو قدم المصنِّف هذا التركيب كما فعل صاحب الكنز، أو أخره لكان أولى، لئلّا يلتبس الحرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام، وينبغي أن يستثنى منه شرب الخمر، إلا أنه اعتمد على ما ذكر آنفاً.

(أو يأكل الربا)[(٥)]؛ لأنه من الكبائر، وكل منها[(٦)] تُوجب فسق فاعلها[(٧)]، **(أو يدخل الحمَّام بلا إزار)**؛ لأن كشف العورة حرام، **(أو**

= لأن كثيراً منهم أجاز اللعب بالشطرنج ما لم يكن قماراً كسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ومحمد بن سيرين وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار والشعبي والحسن البصري وغيرهم كل هؤلاء يجوزون اللعب بها على غير القمار. ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ١٣/١٨١.

(١) ينظر: الحاوي الكبير: ١٧/١٧٧.

(٢) سعيد بن جبير بن هشام، الأسدي الوالبي مولاهم، أبو محمد، ويقال: أبو عبد الله، الكوفي من كبار التابعين، أخذ عن أبيه وغيرهما من الصحابة، خرج على الأمويين مع ابن الأشعث مظفر بن الحجاج فقتله، (ت: ٩٥هـ). ينظر: تهذيب التهذيب: ٤/١١ ـ ١٣.

(٣) عن سعيد بن جبير أنه كان يلعب بالشطرنج استدباراً. ينظر: السنن الكبرى للبيهقي: ١٠/٣٥٧، البدر المنير: ٩/٦٧١، التلخيص الحبير: ٤/٣٧٩.

(٤) سقط من: (أ).

(٥) زيد في (ج) ـ في هذا الموضع ـ (وكل منها توجب الفسق).

(٦) في (ب): (منهما).

(٧) ينظر: المبسوط: ١٦/١٣١.

يفعل ما يستخف به)، ويحتقر بسببه: **(كالبول، والأكل على الطريق)**، **أو** في السوق حيث يراه الناس؛ لأنه يكون تاركاً للمروءة، وإذا كان لا يستحي عن مباشرة مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب، فيتهم[١]، [أو ينسب إليهم ما لا يليق[٢] بهم: كالزنا، والسرقة][٣].

(أو يظهر سب السلف)؛ لظهور فسقه وكذبه، والسلف: جمع سالف، وهو الماضي[٤]، وفي الشرع: اسم لكل من يُقلَّد مذهبه ويُقتفى أثره في الدِّين، كأبي حنيفة وأصحابه، فإنهم سَلَفُنا، والصحابة والتابعي[٥] سلف لأبي حنيفة، وأصحابه[٦].

❊ ❊ ❊

[من تقبل شهادته]

(وتقبل الشهادة) من الأخ **(لأخيه، وعمه، ومَحْرمه رضاعاً، أو مصاهرة)**: كأم امرأته وبنتها، وزوج[٧] بنته، وامرأة أبيه وابنه؛ لأن الأملاك ومنافعها متباينة بينهم، فلا[٨] تتحقق التهمة بخلاف قرابة الولادة[٩].

---

(١) ينظر: البناية شرح الهداية: ١٤٩/٩.
(٢) في (ج): (ما يليق).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) السلف: من تقدمك من آبائك وذوي قرابتك الذين هم من فوقك في السن والفضل، واحدهم سالف. تهذيب اللغة: أبواب السين واللام، ٢٩٩/١٢.
(٥) في (ج): (والتابعون).
(٦) ينظر: الهداية: ١٢٣/٣، والبناية شرح الهداية: ١٥١/٩.
(٧) في (أ): (زوجة).
(٨) في (أ) و(ج): (ولا).
(٩) ينظر: المبسوط: ١٢١/١٦، شرح أدب القاضي: ص٤٠٩، والهداية: ١٢٢/٣.

(و) تُقبل (شهادة أهل الأهواء): هو جمع هواء[١]، مصدر هَوِيَهُ[٢]: من باب علم؛ أي: أحبه[٣]، وأهل الأهواء في العرف: أهل القِبْلة الذين لا يكون [معتقدهم][٤] معتقد أهل السُّنَّة[٥]، وهم اثنان وسبعون فرقة من الخوارج[٦]، والروافض[٧]، والجبرية[٨] والمشبِّهة[٩]، والمعطِّلة[١٠] والقَدَرية[١١]، وكل من هذه الستة [اثنتا عشرة فرقة][١٢]، وقد فصلت[١٣]

---

(١) في (ب): (هوى).

(٢) في (ب): (هوى).

(٣) ينظر: المغرب: ص٥٠٨.

(٤) سقط من: (أ).

(٥) ينظر: الفرق بين الفِرق: ٧/١، وكشف الشبهتين: ص١٨.

(٦) ينظر: خليج البحار: ص٨١٢.

(٧) الروافض: مصطلح أطلق على الشيعة من الإمامية الاثنى عشرية والإسماعيلية، وكلهم يعتقدون أن علياً ﷺ أولى بالإمامة بعد رسول الله ﷺ، وسبب تسميتهم للروافض لرفضهم نصرة زيد بن علي عند خروجه؛ لما علموا منه موالاة أبي بكر وعمر (ﷺ). ينظر: اعتقادات فرق المسلمين والمشركين: ٥٢/١.

(٨) الجبرية: الجبر: هو نفي الفعل حقيقة عن العبد وإضافته إلى الرب تعالى، والجبرية أصناف: الخالصة والمتوسطة وغيرهم. ينظر: الملل والنحل: ص٥٥.

(٩) المشبهة صنفان: صنف شبهوا ذات الباري بذات غيره، وصنف آخر شبهوا صفاته بصفات غيره، وكل صنف من هذين الصنفين متفرقون على أصناف شتى. ينظر: الفرق بين الفِرق: ٢١٤/١.

(١٠) المعطلة: هي فرع من فرق الزنادقة الذين يزعمون أن الأشياء كائنة من غير تكوين، وأنه ليس لها مكون ولا مدبر، وأن هذا الخَلْق بمنزلة النبات يموت سَنَة ويحيى سَنَة، والأشياء تغلب عليها الطبائع في أبدانها، فإذا غلبت إحداهن قتلته؛ لأنه يموت الصغير ويحيى الكبير، وأن الإنسان خَلَقَهُ أبوه والأب خَلَقَهُ أبوه وهكذا، وأن آدم له آباء. ينظر: التنبيه والرد على أهل الأهواء والبدع: ص٩٢.

(١١) القدرية: هم فرقة يقولون: إن العبد قادر على خلق أفعال نفسه خيرها وشرها، فيستحق على ما يفعله ثواباً وعقاباً في الدار الآخرة، وأن الله ليس له صنيع فيها ولا تقدير. ينظر: الفرق بين الفِرق: ٢٥١/١.

(١٢) سقط من: (ج).

(١٣) ينظر: الفرق بين الفِرق: ٧/١، والاعتصام، للشاطبي: ٧٢٠/٢، ولوامع الأنوار البهية: ٢٠/١ ـ ٢١.

في كتب الكلامية (إلا الخطابية:) وهم قوم من غلاة[١] الروافض ينسبون إلى أبي خطاب محمد بن أبي وهب الأجدع[٢] الكوفي، يجوزون أداء الشهادة إذا حلف المدعي بين أيديهم؛ أنه محق في دعواه، بناءً على أن المسلم لا يحلف كاذباً، [فيشهد له][٣].

وقيل: يرون الشهادة لشيعتهم واجبة، فتتمكن الشبهة في شهادتهم[٤]، وقال الشافعي: لا تقبل شهادة أحد من أهل الأهواء مطلقاً؛ لأن فسقهم من حيث الاعتقاد والفسق اعتقاداً أغلظ من الفسق عملاً[٥].

ولنا: إن اعتقادهم الفاسد ليس بحيث يوجب التهمة بالكذب، كيف ومنهم من يجعل الكذب كفراً، وبعض قد فَرَّق بين الهوى الذي هو كفر [والهوى الذي ليس بكفر][٦]، فتقبل عنده شهادة الثاني دون الأول[٧].

(و) تُقبل (شهادة الذمي) إذا كان عدلاً في دِينه (على مثله)؛ أي: ذمي آخر، (وإن اختلفا)؛ أي: الذميان (ملة): كالنصراني، واليهودي؛ لأن الكفر ملة واحدة، وإنما[٨] قيد به احترازاً عن قول ابن أبي ليلى، فإن عنده يشترط اتحاد الملة؛ إذ عند[٩] الاختلاف يُعادي بعضهم بعضاً[١٠].

---

(١) غلاة: جمع غالٍ وهو المتعصب الخارج عن الحد. ينظر: تاج العروس: ٢٦٥/١.
(٢) ينظر: الوافي بالوفيات: ٢١٥/١٣.
(٣) سقط من: (أ).
(٤) ينظر: المعارف: ص٦٢٣، البناية شرح الهداية: ١٥١/٩، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٣٧٦/٢، وشم العوارض في ذم الروافض: ص١٠٢.
(٥) ينظر: الحاوي الكبير: ١٦٨/١٧، والبيان: ٢٨٠/١٣.
(٦) سقط من: (أ).
(٧) ينظر: المبسوط: ١٣٢/١٦، والهداية: ١٢٣/٣.
(٨) في (أ) و(ب): (إنما).
(٩) في (أ): (عنده).
(١٠) ينظر: شرح أدب القاضي: ٤٤٧/٤، والعناية في شرح الهداية: ٤١٦/٧، والجوهرة النيرة: ٢٣٢/٢.

(و) تُقبل شهادة الذمي (على المستأمن)[١] وإن اختلفا داراً؛ لأن الذمي بعقد الذمة؛ صار كالمسلم.

وتُقبل شهادة المسلم على المستأمن، فكذلك شهادة الذمي.

وقال مالك والشافعي: لا شهادة للذمي على أحد؛[٢] لأن الذمي فاسق، ولا شهادة للفاسق، ولنا: ما روي أن النبي ﷺ: «رجم يهوديين زنيا بشهادة أربعة منهم»[٣]، (دون عكسه)؛ [أي][٤]: لا تُقبل شهادة المستأمن على الذمي؛ لأن المستأمن حربي والذمي من دار الإسلام، فهو أعلى من المستأمن رتبة، ولهذا[٥] يقتل المسلم بالذمي، ولا يقتل بالمستأمن، فصار كشهادة المُسْلم على الذمي والمستأمن[٦].

(و) كذلك تُقبل شهادة (المستأمن على مثله)؛ أي: على مستأمن آخر (إن كانا)؛ [أي: المستأمنان][٧] من دار واحدة من دور الحرب[٨]: كالروس، والبلغار، فإن كانا من دارين مختلفين: كالروم، والترك لا تُقبل شهادة بعضهم على البعض؛ لأن الولاية فيما بينهم منقطعة؛ باختلاف المانعتين، ولهذا لا يجري التوارث بينهما.

---

(١) المستأمن: وهو المسلم الذي يدخل دار الحرب بالأمان، وكذلك يطلق على الحربي الذي يطلب الأمان من المسلمين. ينظر: البناية شرح الهداية: ٢٠٢/٧، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢٩٢/١.

(٢) ينظر: المدونة: ٢٢/٤، جواهر العقود: ٣٥٣/٢.

(٣) هو جزء من حديث رواه البخاري: ٢٠٦/٤ رقم ٣٦٣٥، كتاب: المناقب، باب قول الله تعالى: ﴿يَعۡرِفُونَهُۥ كَمَا يَعۡرِفُونَ أَبۡنَآءَهُمۡۖ﴾، صحيح مسلم: ١٣٢٦/٣ رقم ١٦٩٩، كتاب: الحدود، باب: رجم اليهود أهل الذمة في الزنا.

(٤) سقط من: (ج).

(٥) في (ب): (ولذا).

(٦) ينظر: الهداية: ١٢٣/٣.

(٧) سقط من: (ب).

(٨) دار الحرب: هو كل موضع ظهر فيه حكم الشرك والقوة في ذلك الموضع للمشركين. ينظر: المبسوط: ١١٤/١٠، وبدائع الصنائع: ١٣٠/٧ ـ ١٣١.

(و) تُقبل شهادة (عدو بسبب الدِّين) [أ/٢٩١] على عدوه؛ لأن العداوة بسبب الدِّين أمر يرجع إلى الاعتقاد، وما أوقعه في ذلك إلا تدينه.

(ومن ألمّ) بتشديد [الميم][١] (بصغيرة)؛ [أي: أذنب بمعصية صغيرة مشتق من اللمم:

وهو الصغيرة][٢] تُقبل شهادته (إن اجتنب الكبائر) كلها[٣].

وحد الكبيرة ـ على ما ذكره الشيخ الإمام خواهر زادة ـ: ما كان حراماً محضاً يُسمَّى فاحشة في الشرع كاللواطة[٤]، أو لم يسم في الشرع فاحشة، لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع، إما في الدنيا بالحد: كالسرقة، والزنا، وقتل النفس بغير حق، أو الوعيد بالنار في الآخرة: كأكل مال اليتيم وما دون ذلك، صغيرة ما لم يصر عليه.

(وغلب صوابه)؛ أي: حسناته على أخطائه[٥]؛ أي: سيئاته، وهو الصحيح في حد العدالة؛ إذ لا يوجد من البشر من هو معصوم إلا الأنبياء عليهم السلام، فيؤدي اشتراط العصمة إلى سد باب الشهادة، ولم يصر[٦] على الصغائر؛ لدخوله في الكبائر بالإصرار، وقال الخطاب[٧]: المختار ما

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (ب). ينظر: تاج العروس: ٤٣٥/٣٣ مادة (ل م م).
(٣) ينظر: البناية شرح الهداية: ١٥٥/٩.
(٤) في (أ): (كاللقاطة).
(٥) في النسخ: (خطائه).
(٦) في (ج): (يقل ولو).
(٧) هو الخطاب بن أبي القاسم القره حصاري، ولد بقرى حصار، له: شرح كنز الدقائق، وشرح منار الأنوار للنسفي، توفي بدمشق، كان حيّاً سنة ٧١٧هـ. ينظر: الجواهر المضية: ٢٣٠/١، وتاج التراجم: ص١٦٥ ـ ١٦٦، والشقائق النعمانية في علماء الدولة العثمانية: ص٧، وكشف الظنون: ١٨٦٧/٢، ومعجم المؤلفين: ١٠٣/٤.

ذكر في أدب القاضي: أن العدل من تغلب حسناته على سيئاته، ولا يكون صاحب كبيرة؛ يعني: لا يكون مصرّاً على الكبيرة[١]، وقد أوضحه[٢] في النصاب: بأن[٣] الرجل بارتكاب الكبيرة لا يكون صاحب كبيرة، ألا يرى أن من لقي النبي ﷺ ولو مرات لا يُسمَّى صحابياً، وإنما هو من لازم خدمته ﷺ[٤].

(و) تُقبل شهادة (الأقلف)؛ أي[٥]: الذي لم يُختن[٦]، وعن ابن عباس: أنه لا تُقبل شهادته[٧]، وإنما تُقبل عندنا إن تركه بعذر الكبر، أو خوف الهلاك، فإن تركه على وجه الإعراض عن السُّنَّة، أو الاستخفاف[٨] بالدِّين؛ فلا تُقبل شهادته[٩]، ثم لا بدَّ من[١٠] معرفة وقته، وأبو حنيفة لم يقدره بشيء، وغيره قالوا: من سبع سنين إلى عشر سنين[١١]، (والخصي)

---

(١) ما نقله ابن مازه هو أن لا يكون مُصِرّاً على الصغائر ويتجنب الكبائر. ينظر: شرح أدب القاضي: ٨/٣، وتبيين الحقائق: ٢٢٦/٤.
(٢) في (ج): (أوضحت).
(٣) في (ب): (فإن).
(٤) الصحابي عند المحدثين وبعض الأصوليين: هو من لقي النبي ﷺ مسلماً ومات على الإسلام، أو قبل النبوة ومات قبلها على الحنيفية، أو ارتد وعاد في حياته، وعند جمهور الأصوليين: هو من طالت صحبته متبعاً له مدة يثبت معها إطلاق صاحب فلان عرفاً بلا تحديد في الأصح. ينظر: الإحكام، للآمدي: ٩٢/٢، والبحر المحيط في أصول الفقه: ١٩١/٦، والتقرير والتحبير: ١١/١.
(٥) في (ج): (وهو).
(٦) ينظر: لسان العرب: ٢٩٠/٩ مادة (قلف)، والعناية شرح الهداية: ٤٢١/٧.
(٧) مصنف ابن أبي شيبة: ٢١/٥، والحديث صححه الزيلعي وغيره. ينظر: نصب الراية: ٨٧/٤، الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٧٣/٢.
(٨) في (أ): (والاستخفاف).
(٩) ينظر: الهداية: ١٢٤/٣، والمحيط البرهاني: ٣٢١/٨.
(١٠) في (أ): (في).
(١١) ينظر: مواهب الجليل: ٢٥٨/٣، والمجموع، للنووي: ٣٠٢/١ ـ ٣٠٣، والشرح الكبير: ١٠٨/١ ـ ١٠٩.

على وزن الصبي: [وهو][(١)] منزوع الخصيتين[(٢)]؛ لأن ما جرى عليه ليس باختياره، ولأن عمر ﷺ قَبِل شهادة علقمة[(٣)] الخصي[(٤)]؛ ولأنه كمن قطع منه[(٥)] عضو إذا كان عدلاً[(٦)].

(و) تُقبل شهادة (ولد الزنا) إذا كان عدلاً[(٧)]، وفسق الأبوين لا يُوجب فسق الولد، كما إذا كانا كافرين وأسلم ابنهما[(٨)] وعدل[(٩)].

(والخنثى)؛ [لأنه][(١٠)] إن لم يكن مشكلاً، فلا إشكال فيه، وإن كان مشكلاً يجعل امرأة في حق الشهادة احتياطاً حتى لا يجوز أن يشهد مع رَجل ما لم تَنْضَمَّ امرأة[(١١)].

(والعُمّال) ـ بضم العين وتشديد الميم ـ، جمع عامل: وهم عمال[(١٢)] السلاطين الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج، والجزية، والزكاة[(١٣)] عند

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) في (أ): (الخصيين)، وينظر: تاج العروس: ٥٥٥/٢٧ مادة (خصو).
(٣) علقمة بن سهل: أحد بني ربيعة بن مالك بن زيد مناة بن تميم، أيضاً ذكر أبو اليقظان أنه كان يكنى أبا الوضاح. ينظر: المؤتلف والمختلف في أسماء الشعراء: ١٩٨/١، الطبقات، لخليفة بن خياط: ص١٩٦.
(٤) الأثر رواه بمعناه ابن أبي شيبة، ونقل أبو نعيم بسنده القصة بما يؤيد صحة الأثر، لكن ابن حجر ذكر أن السند في القصة فيه انقطاع. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة: ٩/٥، حلية الأولياء: ١٥/٩، ونصب الراية: ٨٦/٤، والإصابة: ٣٢٤/٥.
(٥) في (أ) و(ج): (عنه).
(٦) ينظر: شرح أدب القاضي: ٤٢٠/٤ ـ ٤٢١، والاختيار لتعليل المختار: ١٤٩/٢، والعناية شرح الهداية: ٤٢٢/٧.
(٧) ينظر: شرح أدب القاضي: ٤٢٥/٤.
(٨) في (أ): (بينهما).
(٩) ينظر: الجوهرة النيرة: ٢٣٢/٢.
(١٠) سقط من: (ب).
(١١) ينظر: الجوهرة النيرة: ٢٣٢/٢، وفتح القدير: ٤٢٢/٧.
(١٢) في (ب): (أعوان).
(١٣) سقط من: (أ) و(ج).

عامة المشايخ، وقيل[(١)]: هم الأمراء، وقيل: الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم للناس[(٢)]، وأيّاً ما كان تُقبل شهادتهم؛ لأن نَفْس العمل ليس بفسق[(٣)].

(و) تُقبل شهادة (المعتَق) - بالفتح - (لمعتِقه) بالكسر، وبالعكس أيضاً؛ لأن كلّاً منهما أجنبي في حق الآخر، فتنتفي[(٤)] التهمة بينهما؛ وقد ثبت أن قنبراً[(٥)] شهد[(٦)] لعلي رضي الله عنه عند شريح، فقبل شهادته[(٧)]، وهو كان عتيق علي رضي الله عنه.

(والمعتبر) في قَبُول الشهادة وعدمها [(حال الشاهد وقت الأداء لا) وقت (التحمل)؛ لأن الحكم بالشهادة إنما يكون][(٨)] وقت[(٩)] الأداء، ويترتب عليه حتى لو كان وقت التحمل زوجاً أو شريكاً ثم طلق، وفسخت

---

(١) ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٢٣/٧.
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٢٦/٤، العناية شرح الهداية: ٤٢٣/٧.
(٤) في (ج): (فينتفي).
(٥) قنبراً: هو مولى علي؛ أي: عبده وكان حاجباً له ولم يعرف له أب أو جد شأنه شأن أغلب الرقيق لكنه روي أنه استوطن بيهق وتزوج فيها وله أولاد، وقبره بنيسابور، وقيل: لم يثبت حديثه بسبب أنه كبر حتى كان لا يدري ما روى. ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد: ٢٥٣/١، والمؤتلف والمختلف: ١٩٨/٤، والإكمال لابن ماكولا: ٧٨/٧، وتاريخ بيهق: ص١٢٢، والاغتباط بمن رمي من الرواة بالاختلاط: ص٢٨٩، ولسان الميزان: ٤٧٥/٤.
(٦) في (ب): (يشهد).
(٧) أثر قضاء شريح في درع يقال: إنها سقطت من ذمي ووجده عند علي، فقضى شريح للذمي، رواه أبو نعيم في الحلية، وابن عساكر في تاريخ دمشق، وابن العماد في الشذرات وغيرهم، وَضَعَّفَ الأثر صاحب كنز العمال. ينظر: حلية الأولياء: ١٣٩/٤، تاريخ دمشق: ٢٣/٢٣، شذرات الذهب: ٣٢٠/١، كنز العمال: ٢٥/٧، حياة الصحابة: ٢٧٤/١.
(٨) من قوله: (حال الشاهد) إلى قوله: (يكون) سقط من: (ج).
(٩) في (ج): (حال).

الشركة جازت شهادة الزوج، والشريك؛ لأنه لم يبقَ كذلك، وهو وقت الأداء[(١)] أجنبي، فتقبل إن كان عدلاً.

(**ولو شهدا**)[(٢)]؛ أي: ابنا الميت (**أن أباهما أوصى إلى زيد**)؛ أي: جعله وصياً في التركة (و)كان (**زيد**) المذكور (**يدعيه**)؛ أي: يدعي الإيصاء (**قبلت**) شهادة الابنين، (**وإن أنكر**) زيد الإيصاء (**فلا**) تقبل شهادتهما، وهذا استحسان، والقياس: أن لا تقبل سواء ادعى زيد ذلك، أو لم يدع؛ لأن ذلك شهادة الشاهد لنفسه، [وجه][(٣)] الاستحسان: أن ذلك ليس بشهادة بالنظر إلى المعنى؛ لأنه لم يثبت بها شيء من الحقوق[(٤)].

(**ولو شهدا**)؛ أي: الابنان: (**أن أباهما الغائب وكَّله لا تقبل**) شهادتهما (**وإن ادعاه**) الضمير المنصوب البارز في (وَكَّله)، والمرفوع المستتر في (ادعاه) كلاهما في الموضعين يعود إلى زيد؛ أي: لو شهد ابنان[(٥)] أن أباهما الحي الغائب وكل زيداً بقبض ديونه لا تسمع شهادتهما، ولا يحكم بها، وإن ادعى زيد ذلك؛ لتمكن الشبهة في شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأبيهما، وقد مر بطلانها[(٦)].

(**ولو شهد دائنا ميتٍ أنه أوصى إلى زيد**)، وهو؛ أي: زيد (**يدعيه**)؛ أي: الإيصاء؛ (**قُبلت**) شهادتهما، (**وكذا لو شهد مديوناه**)؛ أي: مديونا الميت ذلك، (**أو**) شهد (**من أوصى لهما**) الميت، (**أو وصياه**)؛ أي: وصيا الميت اللذين[(٧)] اختارهما في حياته، وجعلهما وصيين بعده تُقبل شهادة الجميع.

---

(١) زيد في (ج) - في هذا الموضع - (لا التحمل).
(٢) في (أ): (شهد).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) ينظر: البناية شرح الهداية: ١٦٠/٩.
(٥) زيد في (ج) - في هذا الموضع - (إلى).
(٦) ينظر: الهداية: ١٢٥/٣.
(٧) في (أ): (الذين)، وفي (ج): (الذي).

أما دائنا الميت؛ فلأنهما أجنبيان، وليس في شهادتهما بالوصاية نفع يعود إليهما، ولا دفع لضرر عنهما، وأما مديوناه؛ فإن شهادتهما تتضمن إقرارهما بالحق على أنفسهما، فيثبت الموت باعترافهما في حقهما إن لم يكن معروفاً.

وأما من أوصى الميت إليهما أو جعلهما القاضي وصيين إذا شهدا أن الميت أوصى لثالث معهما؛ فقد أقرًا[١] بعجزهما عن القيام بأمر الوصاية وحدهما، والقاضي يملك نصب وصي[٢] ثالث يقوم بذلك معهما، فتكون شهادتهما تعييناً لمن شهدا له، فيكفي القاضي مؤنة[٣] التعيين[٤]، ويكون كالقرعة[٥].

(ولا تُقبل الشهادة على جَرحٍ مجرد) على الشاهد، ولا يحكم القاضي بذلك؛ لأن الفسق مما لا يَدخل تحت حكم القاضي، وإلزامه؛ لأن له دفع[٦] ذلك بالتوبة في الحال، فلا يتحقق الإلزام للمشهود عليه [بذلك][٧]، ولأن القاضي مأمور بالستر على المسلمين، وفي سماع البينة هتك للحرمة، وإشاعة الفاحشة وذلك حرام إلا إذا تضمن حقاً للشرع، أو العبد، فحينئذ تُقبل.

[ولهذا قال المصنِّف][٨]: (وهو)؛ أي: الجرح المجرد (ما يفسق به)، مرتكبه (من غير إيجاب حق) عليه (للشرع)، كما إذا شهدا أن الشاهدين شربا الخمر، ولم يتقادم[٩] العهد، (أو للعبد)، كما إذا شهدا

---

(١) في (أ): (أمر)، و(أقرا) سقط من: (ج).
(٢) في (أ): (ولي).
(٣) في (أ): (معونة).
(٤) في (ب): (لتعيين).
(٥) ينظر: الهداية: ١٢٤/٣ ـ ١٢٥.
(٦) في(أ): (رفع).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) سقط من: (ب).
(٩) في (ب): (ينقاد).

أنهما قتلا النفس عمداً (نحو) أن يقول في حق الشاهد: (هو فاسق، أو) يقول: هو (آكل ربا، أو) يقول في حق المدعي: (أنه)؛ أي: المدعي (استأجرهم)؛ أي: الشهود ليشهدوا له، فكل ذلك يعود بحسب المعنى إلى تفسيق[١] الشهود من غير أن يثبت بتلك حق لله تعالى، أو للعبد، فلا تُقبل؛ ستراً للعبد ودَرءاً للحد[٢].

(وتُقبل) الشهادة (على إقرار المدعي بفسقهم)؛ أي: بفسق شهوده؛ لأن تلك الشهادة ليست بإظهار للفاحشة[٣]، بل [هي][٤] دليل على إظهار الغير لها، ولا يلزم من ذلك تفسيق الشهود، فتقبل.

(و) تُقبل أيضاً (على أنهم)؛ أي: الشهود (عبيد، أو محدودون في قذف، أو [شاربو][٥] خمر، أو قذفة) فلان، وهو يدعيه، (أو شركاء المدعي)، فإن ذلك كله مما[٦] يدخل تحت الحكم، فتُقبل فيه الشهادة، أما على كونهم [أ/٢٩٢] عبيداً، أو على كون أحدهم عبداً[٧]؛ فلأن الرق ينافي الشهادة كما مر، فيكون ذلك دفعاً[٨]، وأما على كونهم محدودين في قذف؛ فلأن تلك الشهادة يثبت بها [رد][٩][١٠] شهادتهم الذي هو من[١١] تمام حدهم، وأما [على][١٢] كونهم شاربي خمر؛ فلأنه يثبت بذلك حد

---

(١) في (ب): (أي: تفسق).
(٢) ينظر: التعريفات: ٧٥/١، والبناية شرح الهداية: ١٦٢/٩.
(٣) في (ج): (الفاحشة).
(٤) كل النسخ: (من) وما أثبتناه أصح.
(٥) ينظر: مجمع الأنهر: ١٧٩/٦.
(٦) في (أ): (كلمة ما).
(٧) في (ج): (عبد).
(٨) ينظر: الهداية: ١٢٥/٣.
(٩) سقط من: (أ).
(١٠) زيد في (أ) - في هذا الموضع - (حرف واو).
(١١) في (أ): (في).
(١٢) سقط من: (ج).

الشرب؛ يعني: إذا لم يتقادم[١] العهد بأن لم يزل [جل][٢] الريح في الخمر، ولم يمضِ شهر في الباقي، وأما على كونهم قذفة، فهو مخصوص بما إذا كان المقذوف يدعي ذلك عليهم، فيثبت حد القذف الذي هو حق العبد، وأما [على][٣] كونهم شركاء، فلأنه يثبت بذلك عدم قَبُول شهادتهم لشريكهم، وهو دفع أيضاً.

المراد بالشركاء: شركاء المفاوضين لا الشركاء في المدعى به، وإلا يكون إقراراً بأن المدعى به للشركاء والمدعي.

(أو أنه استأجرهم لها بكذا)؛ أي: تقبل شهادة الجرح على أن المدعي استأجر الشهود لأجل الشهادة بكذا من الدراهم مثلاً، **(وأعطاهم ذلك)** الأجر **(مما)** لي[٤] كان **(عنده)**؛ أي: من الحق الذي أدعيه، فإنه حينئذ يكون خصماً ويدعي حقاً يثبت بالشهادة، ويدخل تحت الحكم، ثم يثبت الفسق في ضمنه، فلا يكون جرحاً مجرداً.

(أو) قام المدعى عليه البينة على **(أني صالحتهم)**؛ أي: الشهود **(بكذا)** من المال أو الدراهم أو غيرها، **(ودفعته)**[٥]؛ أي[٦]: دفعت ذلك الأجر **(إليهم على أن لا يشهدوا عليّ)** بهذا الباطل، **(فشهدوا)**، وأنا أطالبهم برد ذلك المال، فإن هذه البينة تُقبل أيضاً؛ لأنه يثبت بها عليهم ما أعطاهم من[٧] ذلك المال، [وتلك][٨] دعوى شرعية تدخل تحت الحكم، ويثبت فسقهم بذلك ضمناً[٩].

---

(١) في (أ): (إذا تقادم).
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (ب): (من مالي).
(٥) في (ج): (ودفعت).
(٦) في (أ): (أو).
(٧) في (أ): (في).
(٨) كل النسخ: (وذلك).
(٩) ينظر: الهداية: ١٢٥/٣.

(ومن شهد) بحق (ولم يبرح)؛ أي: لم يفارق مجلس القضاء (حتى قال): [مستدركاً][(١)] (أَوْهَمت بعض شهادتي)؛ أي: أخطأت بذكر زيادة كانت باطلة، أو أخطأت بنسيان ما كان يجب عليّ ذكره (قبل) قوله: (إن كان) الشاهد (عدلاً)؛ لأن الشاهد قد[(٢)] يبتلى بالغلط؛ لمهابة مجلس القضاء، فيقبل حملاً له على الصلاح بخلاف ما إذا قام عن المجلس، ثم عاد، أو تكلم مع المدعي سرّاً ولو في المجلس، فإنه لا يقبل منه ذلك؛ لأنه يوهم الزيادة، أو النقص بتلبيس، أو خيانة، أو تعليم من المدعي فوجب الاحتياط[(٣)].

❊ ❊ ❊

باب الاختلاف في الشهادة

وذلك إما أن يكون بين الدعوى والشهادة كما لو ادعى[(٤)]، فشهدوا[(٥)] له بالدنانير[(٦)] أو بالعكس، وإما أن يكون بين الشهادة والشهادة: كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألفين.

فالمُصَنِّف (رَحِمَهُ اللَّهُ) ذكر الأصل المشروع، ثم فرَّع عليه، فقال: (شرط موافقة الشهادة الدعوى)؛ أي: شرط في الشرع أن توافق الشهادة دعواها؛ لتقبل وتثبت[(٧)] بها؛ لأنها لتصديق الدعوى.

(فلو ادعى) [المدعي][(٨)] على آخر داراً بأنه يملكها (شراء، أو إرثاً)؛

---

(١) سقط من: (ب).
(٢) سقط من: (أ) و(ج).
(٣) ينظر: الهداية: ١٢٥/٣.
(٤) في (أ): (دارهم)
(٥) في (ج): (فشهدا)
(٦) في (ج): (دنانير).
(٧) في (ج): (ويثبت).
(٨) سقط من: (ج).

أي: ادعى على ذي اليد أن هذه الدار لي ملكتها بالشراء من ذي اليد أو غيره، أو بالإرث من غيره (**وشهدا**)؛ أي: شاهداه له (**بمِلْك مطلق**)؛ يعني: من غير ذكر سبب؛ (**ردت**) شهادتهما؛ لمخالفتها الدعوى.

(**وفي عكسه تُقبل**)[١]؛ أي: لو ادعى الدار بأنه يملكها مِلْكاً مطلقاً، وشهدا له بشرائها، أو بأنه ورثها من مورثه فلان؛ قبلت شهادتهما؛ وذلك لأن الخاص[٢] يستلزم العام[٣]، فلما شهدا له بالشراء أو بالإرث وكل منهما خاص يستلزم مطلق المِلْك كانت شهادتهما مشتملة على الدعوى، فتكون مطابقة لها، فتقبل بخلاف الصورة الأولى؛ لأن المِلْك المطلق الذي شهدا به لا يستلزم ما ادعاه المدعي، فلا تكون الشهادة مطابقة للدعوى.

(**وكذا**)؛ أي: [كما][٤] اشترط[٥] مطابقة الشهادة الدعوى، كذلك (**شرط اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى**) بعد مطابقتهما الدعوى عند أبي حنيفة، والمراد من اتفاقهما لفظاً: تطابق لفظيهما على إفادة المعنى بطريق الوضع[٦]

---

(١) ينظر: الهداية: ١٢٦/٣، البناية شرح الهداية: ١٦٨/٩.

(٢) الخاص: هو اللفظ الدال على مسمى واحد، وما دل على كثرة مخصوصة. ينظر: البحر المحيط: ٣٢٤/٤، إرشاد الفحول: ٣٥٠/١.

(٣) العام: هو اللفظ المستوفي لجميع ما يصلح له من غير حصر. ينظر: البحر المحيط: ٥/٤.

(٤) سقط من: (ب) و(ج).

(٥) في (أ): (شرط).

(٦) يقصد به أن الشاهدين اتفقا على الألف في شهادة أحدهما بالألف والآخر بألفين، أو أنهما اتفقا على المطلقة شهادة أحدهما بالطلقة والآخر بطلقتين أو بالثلاث، وتفرد أحد الشاهدين بالزيادة، وهي زيادة الألف من أحدهما في شهادتهما بالألف، وزيادة الطلقة الثانية أو الثلاث، فهذه الزيادة في الألف والطلقة الثانية أو الثلاث لا تقبل هذه الزيادة؛ لأن أحدهما مفرد والآخر تثنية، واختلاف الألفاظ إفراداً وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة عليها، فإن الألف لا يعبر به عن الألفين لا حقيقة ولا مجازاً والألفان لا يعبر بهما عن الألف، فكان كلام كل منهما كلاماً مبايناً لكلام الآخر كما إذا ادعى ألفاً وخمسمئة وشهد أحدهما بالألف والآخر بالألف وخمسمئة والمدعي يدعي الأكثر؛ قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين على=

لا بطريق التضمن[1]: كدلالة الألفين على الألف، فلا (**تُقبل لو شهد أحدهما بالألف، أو مئة، أو طلقة**)، وشهد (**الآخر بألفين**) في الصورة الأولى، (**وبمئتين**) في الثانية، (**وبطلقتين أو ثلاث**) تطليقات في الثالثة عنده، سواء كان المدعي يدعي الأكثر أو أقل، (**وعندهما: تقبل**) شهادة الشاهدين (**على الأقل**)؛ يعني: الألف [في الأولى][2] والمئة [في الثانية][3]، والطلقة [في الثالثة][4]؛ لأن الشاهدين اتفقا على الأقل، وانفراد أحدهما بالزيادة، فيثبت ما اتفقا عليه دون[5] ما تفرد به أحدهما، ولكن الشرط أن يدعي المدعي الأكثر؛ لئلا يكون مكذباً شاهده[6]، وله أنهما اختلفا لفظاً وذلك يدل على اختلاف المعنى؛ لأنه يستفاد من اللفظ[7] وهذا؛ لأن الألف لا يُعبر[8] به عن الألفين، بل هما جملتان متباينتان، وقد قام على كل منهما شاهد واحد.

(**ولو شهد أحدهما بألف، والآخر بألف ومئة، والمدعي يدعي الأكثر**) قيد به لما نبهت آنفاً؛ (**قبلت على الألف اتفاقاً**)؛ لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى؛ لأن الألف والمئة جملتان عطف إحداهما على الأخرى، والعطف يقرر الأول؛ لأن الشاهد الأول لما قال: أشهد بألف، ثم قال الثاني: بألف ومئة، فقبل أن يقول: ومئة، يكون وافق الأول، وهذا القَدْر يكفي، فيعتبر، ويلغى ما بعده.

= الألف لفظاً ومعنى. ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٣٧/٧، وفتح القدير: ٤٣٦/٧، والبناية شرح الهداية: ١٦٨/٩.

(١) دلالة التضمن: هي دلالة اللفظ على جزء مسمى، والجزء إنما يصدق إذا كان المسمى كلاً. ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج: ٨٤/٢.

(٢) سقط من: (ب).

(٣) سقط من: (ب).

(٤) سقط من: (ب).

(٥) زيد في (ب) ـ في هذا الموضع ـ (غيره).

(٦) الهداية: ١٢٦/٣، والبناية شرح الهداية: ١٦٨/٩.

(٧) البناية شرح الهداية: ١٦٩/٩.

(٨) في (أ): (لا يصير).

(وكذا مئة، ومئة وعشرة)؛ أي: لو شهد أحدهما بمئة، والآخر بمئة وعشرة، والمدعي يدعي الأكثر؛ تُقبل شهادتهما على المئة؛ لاتفاقهما عليها بسبب تباين العطف[(١)]؛ وكون الشاهدين[(٢)] قد اتفقا على المئة لفظاً ومعنى، بخلاف العشرة، وخمسة عشر؛ لأنهما [صارا][(٣)] كالكلمة الواحدة باعتبار التركيب، وليس بينهما حرف العطف، فكان نظير الألف والألفين، (وطلقة، وطلقة ونصف)؛ يعني: إذا شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف، والمرأة تدعي الأكثر؛ تقبل شهادتهما على الطلقة؛ لاتفاقهما عليها[(٤)].

(ولو شهدا بألف) [ملكاً][(٥)] مطلقاً، (أو) شهدا (بقرض ألف و)مع ذلك (قال أحدهما: قضى منها)؛ أي: المدعى عليه المدعى من الألف (كذا)؛ أي: مقداراً معيناً (قبلت) شهادتهما (على الألف)[(٦)]؛ لأنهما اتفقا عليها لفظاً ومعنى، (لا)؛ أي: لا تقبل (على القضاء)؛ وذلك لأن الذي شهد بالقضاء زاد في شهادته شيئاً يقتضي النقص عن الألف، فلا يسمع ولا يعمل به[(٧)]؛ لأنه شهادة فرد (ما لم يشهد به آخر) معه سواء كان الشاهد بالألف[(٨)] أو غيره.

(وينبغي لمن علمه)؛ أي: ندب للشاهد الذي علم القضاء (أن لا يشهد بذلك حتى يقر المدعي) عند تقرير الدعوى (به)؛ أي: بالقبض؛ لئلا يصير معيناً على الظلم، وذكر الطحاوي عن [أ/٢٩٣] بعض أصحابنا: أنه

---

(١) ينظر: المبسوط: ١٦/١٧٥، والهداية: ٣/١٢٦.
(٢) في (أ) و(ج): (الشاهد).
(٣) في كل النسخ: (صارت).
(٤) ينظر: العناية شرح الهداية: ٧/٤٤٠.
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (أ): (ألف).
(٧) ينظر: الهداية: ٣/١٢٦، والعناية شرح الهداية: ٧/٤٤٢.
(٨) في (ج): (بألف).

لا تُقبل[(١)]، وهو قول[(٢)] زفر؛ لأن المدعي أكذب شاهد القضاء، قلنا: هذا إكذاب في غير المشهود به الأول[(٣)]، ومثله لا يمنع القَبُول[(٤)].

(ولو شهدا بقتله زيداً يوم النحر بمكة، و)شهد شاهدان (آخران بقتله[(٥)] إياه فيه)؛ أي: [في][(٦)] يوم النحر (بكوفة)، واجتمعوا عند الحاكم ردتا؛ أي: الشهادتان؛ لأن إحداهما كاذبة بيقين، وليست إحداهما أولى من الأخرى فتعارضتا، والطريق في نحو ذلك سقوطهما معاً، ولو لم يذكر المصنِّف الوقت لكان أخصر؛ إذ لا يتغير الحكم بدونه، (فإن) سبقت إحداهما في الأداء (قضى)[(٧)] القاضي (بإحداهما) وحكم بموجبهما (أولاً)؛ أي: قبيل قيام الأخرى (بطلت الأخيرة) منهما؛ لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها، فلا تنتقض[(٨)] بالثانية[(٩)].

(ولو شهدا) على رَجل (بسرقة بقرة) من حرز، وكانت [تساوي][(١٠)] نصاباً (واختلفا في لونها، قطع) يد السارق، هذا إذا ادعى سرقة بقرة [مطلقة][(١١)] من غير تقييد بوصف.

أما لو ادعى سرقة بقرة سوداء، أو بيضاء، لا تُقبل بالإجماع[(١٢)]،

---

(١) (روي عن أبي يوسف (رَحِمَهُ اللَّهُ) أنه قال: لا تقبل شهادة الشاهد الذي شهد على القضاء؛ لأنه شهد على أن لا شيء للمدعي على المدعى عليه مما يطالبه به، وبه نأخذ) مختصر الطحاوي: ص٣٤٣.

(٢) في (أ): (وقول).

(٣) وهو القرض.

(٤) ينظر: الهداية: ١٢٦/٣.

(٥) في (أ): (يقتله).

(٦) سقط من: (أ).

(٧) في (ب) و(ج): (وقضى).

(٨) في (ب): (فلا تنقض).

(٩) ينظر: الهداية: ١٢٧/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٤٣/٧.

(١٠) سقط من: (ج).

(١١) سقط من: (ج).

(١٢) السياق يشير إلى أن الإجماع هو اتفاق علماء المذهب.

(وإن اختلفا في الذكورة والأنوثة)؛ أي: لا تقبل شهادتهما، [فلا يقطع][(١)] عند أبي حنيفة، (وعندهما: لا يقطع فيهما)؛ أي: في الصورتين: الاختلاف في اللون، والاختلاف في الذكورة والأنوثة؛ لأن الشبهة تثبت فيها معاً[(٢)]، فاندرأ الحد، لهما: إن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء، فلم يتمّ على [كلٍّ][(٣)] منهما نصاب الشهادة، فصار كالغصب.

(وفي الغصب لا تُقبل) الشهادة مع الاختلاف (اتفاقاً)[(٤)] بل عدم القَبُول في السرقة أولى؛ [لأن أمر الحد أهم][(٥)]؛ ولأن الغصب تُقْبل فيه شهادة النساء مع الرجال، ولا كذلك في السرقة، ولأبي حنيفة: إن التوفيق ممكن؛ لأن السرقة أكثر ما تقع ليلاً، والشاهد حينئذ ينظر من[(٦)] بعيد، واللونان يشتبهان[(٧)]، وقد يجتمعان ليكون السواد من[(٨)] جانب وأحد الشاهدين في ذلك الجانب، والبياض في جانب آخر، والشاهد الآخر في جهته[(٩)]، بخلاف الغصب؛ لأن تحمل الشهادة فيه يكون نهاراً وعن قرب، فلا تسامح فيه، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة، والوقوف عليهما إنما يكون من القرب، فلا تشتبه أيضاً، فلا يتسامح[(١٠)] فيه،

---

(١) سقط من: (أ) و(ب).
(٢) ينظر: الهداية: ١٢٧/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٤٣/٧، والبناية شرح الهداية: ١٧٤/٩.
(٣) سقط من: (أ).
(٤) وهو اتفاق علماء المذهب. ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٤٤/٧، ومجمع الأنهر: ٢٠٨/٢.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (أ): (في).
(٧) في (ج): (يشبهان).
(٨) في (أ): (إن).
(٩) ينظر: الهداية: ١٢٧/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٤٧/٧، والبناية شرح الهداية: ١٧٤/٩.
(١٠) في (ج): (فلا تسامح).

فيظهر[(١)] الفرق[(٢)].

(**ولو شهد واحد**) من الشهود (**بالشراء**)؛ يعني: لو شهد رَجل أنه اشترى من عبد فلان بألف، وشهد آخر [أنه][(٣)] بألف ومئة، (**أو الكتابة**[(٤)] **بألف**)؛ يعني: لو شهد أنه كاتبه عبده بألف، (**والآخر بألف ومئة؛ ردت**) شهادتهما؛ لأنهما لم يتفقا على عقد واحد؛ لأن العقد بألف غير العقد بألف ومئة، ولا فرق بين أن كون المدعي هو البائع أو المشتري، وبين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما؛ لأن المقصود منها إثبات السبب وهو الشراء، أو عقد الكتابة.

(**وكذا العتق على مال**)؛ يعني: إذا ادعى العبد أن مولاه أعتقه بألف، وادعى المولى أنه أعتقه على الألف[(٥)] ومئة، (**والصلح عن قَوَدٍ، والرهن والخلع**) إذا كان المقصود بالإثبات هو العقد لا المال؛ ولذلك بيَّنه المصنِّف بقوله: (**إن ادعى العبد**) العتق، (**والقاتل**) الصلح عن القَوَدِ، (**و**) ادعى (**الراهن**) الرهن، (**و**) ادعت (**المرأة**) الخلع، ففي الكل يكون المراد هو العقد، وهو يختلف باختلاف البدل.

(**وإن ادعى الآخر**)؛ أي: الخصم الآخر بأن قال المولى: أعتقتك على الألف وخمسمئة، والعبد يدعي الألف، أو قال وليُّ القتيل: صالحتك على الألف وخمسمئة، والقاتل يدعي الألف، وكذا الباقيان، فحينئذ كان المقصود بالدعوى هو المال[(٦)]، (**وكان كدعوى الدَّين**) فيما سبق آنفاً؛ يعني: إذا كانت الشهادة فيما يشتمل على العطف: كما إذا شهد أحدهما

(١) في (أ) و(ب): (فظهر).
(٢) ينظر: البناية شرح الهداية: ١٧٥/٩.
(٣) سقط من: (ج).
(٤) في (أ) و(ج): (والكتابة)، ينظر: الجوهرة النيرة: ١١٠/٢، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢٢/٢، واللباب في شرح الكتاب: ١٢٧/٣.
(٥) في (ج): (ألف).
(٦) ينظر: الهداية: ١٢٧/٣.

بألف، والآخر بألف ومئة، تُقبل على الأقل اتفاقاً[(١)] إن كان المدعي يدعي الأكثر، [وإن كانت الدعوى][(٢)] فيما[(٣)] لا عطف فيه مطلقاً، فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين قُبلت على الأقل عندهما[(٤)]، ولا تقبل عند أبي حنيفة[(٥)].

(**والإجارة كالبيع عند أول المدة**)؛ يعني: إذا كانت الدعوى في الإجارة في أول المدة قبل استيفاء المعقود عليه، واختلف الشاهدان؛ لا تُقبل الشهادة، كما لا تُقبل عند الاختلاف في البيع؛ للحاجة [إلى][(٦)] إثبات العقد، (**وكالدَّين بعدها**)؛ يعني: إذا كانت الدعوى بعد مضي المدة واستيفاء المنفعة، والمدعي هو المؤجر؛ فهو كالدَّين؛ لأن المدة إذا انقضت تكون المنازعة في وجوب الأجر[(٧)].

(**وفي النكاح تقبل بالألف استحساناً**)؛ يعني: لو شهد أحد الشاهدين أن المهر ألف، والآخر ألف وخمسمئة، أو ألفان[(٨)]، تقبل شهادتهما على الأقل من المبلغين، ويحكم بألف؛ لأنه هو الأقل، سواء كانت الدعوى من الزوج أو المرأة.

(**ولا فرق فيه بين دعوى الأقل أو الأكثر**)[(٩)]؛ لأن المقصود به هو العقد ظاهراً لا المال، هذا عند أبي حنيفة، (**وقالا: ردت فيه أيضاً**)، فلا يثبت النكاح[(١٠)] وهو القياس؛ لأن المقصود من الجانبين هو عقد النكاح،

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٧٨/٦، وتبيين الحقائق: ٢٣٤/٤، والجوهرة النيرة: ٢٣٣/٢.
(٢) سقط من: (ب).
(٣) في (ب): (وفيما).
(٤) في (ب): (عندهما على الأقل).
(٥) ينظر: البناية في شرح الهداية: ١٧٧/٩.
(٦) سقط من: (أ).
(٧) ينظر: الهداية: ١٢٧/٣.
(٨) في (أ) و(ج): (الألفان).
(٩) في (ج): (والأكثر).
(١٠) ينظر: الهداية: ١٢/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٥٠/٧ ـ ٤٥١.

والعقد المقابل بألف غير العقد المقابل بألف ومئة، فبطلت الشهادة كما في البيع، ووجه الاستحسان: أن المال في النكاح تابع حتى لايبطل بنفي المهر، فالأصل في النكاح هو الحل[١]، [والازدواج][٢]، والمِلْك، ولا اختلاف فيما هو الأصل، فيثبت، ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالأقل[٣]؛ لاتفاقهما عليه، ويستوي دعوى أقل المالين، وأكثرهما في الصحيح[٤].

❊ ❊ ❊

[الشهادة على الإرث]

(ولا بد من الجر)؛ أي: جر الميراث إلى المدعي (في شهادة الإرث)؛ يعني: إذا ادعى[٥] الوارث على رَجل عبداً ـ مثلاً ـ، وهو في يده أنه مِلْك المدعي، وأنه كان لأبيه، وأن ذا اليد يتصرف فيه بغير حق، وأقام البينة على دعواه، فلا بدَّ من أن يجر المِلْك على المدعي: إما صريحاً (بأن يقول الشاهد: مات أبوه وتركه ميراثاً للمدعي)[٦] الذي فرض أنه ابنه، فصرح[٧] بجر المال إليه.

(أو) ضمناً بأن يقول: (مات وهذا) الشيء المدعى به (مِلْكه، أو)

---

(١) الأصل في النكاح هو الحل... هذا في هذه الصورة؛ أي: بعد حصول عقد النكاح وتمامه أما قبله في أصل الإيضاح وفي ادعاء الزوجية فالأصل هو التحريم كما في كتب القواعد. ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص٥٧، وغمز عيون البصائر: ١/٢٢٥.

(٢) في النسخ (والأزواج) والتصويب من الهداية وغيرها. ينظر: الهداية: ٣/١٢٨، والبحر الرائق: ٧/١١٨.

(٣) أي: بأقل المالين. ينظر: البناية شرح الهداية: ٩/١٧٩.

(٤) ينظر: الهداية: ٣/١٢٨.

(٥) في (أ) و(ج): (دعى).

(٦) ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٥٧، والبناية شرح الهداية: ٩/١٨١.

(٧) في (أ): (فصر).

هذا (في يده) وتصرفه[(١)]، [فيثبت بهذه الشهادة كون المدعى مِلْك المورث عند الموت][(٢)]، فيثبت المِلْك للوارث ضرورة؛ لأنه يخلفه[(٣)] في أملاكه عند أبي حنيفة ومحمد (خلافاً لأبي يوسف)، فإنه لا يشترط الجر، ويقول: إن ملك المورث [ملك الوارث][(٤)]، فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث، (فإن قال) الشاهد حين أداء الشهادة ـ تفريع على قول أبي يوسف ـ : (كان هذا الشيء لأب المدعي إعارة من ذي اليد، أو أودعه إياه، أو آجره؛ قبلت) الشهادة (بلا جر) على الوجه السابق؛ لأن يد المودع والمستعير، والمستأجر قائمة مقام يد المودع والمعير، والمؤجر، فصار كأنه قال: مات أبوه وكان المدعى في يده، فهذا القول جرٌّ ضمني في الحقيقة.

فلو ترك المصنِّف قوله: (بلا جر) لكان أحسن بالنظر إلى فاء التفريع[(٥)].

(وإن شهدا) [أ/٢٩٤]؛ أي: الشاهدان لمن ادعى: (أن هذا الشيء) ملكي، وشهد شاهداه أن هذا الشيء المشهود به (كان في يد المدعي منذ كذا ردت)، شهادتهما؛ لأنهما لم يبينا[(٦)] أن كونه في يده على أي طريق كان، واليد متنوعة تحتمل العارية والوديعة والإجارة، فلا يثبت المِلْك مع هذه[(٧)] الاحتمالات.

(وإن شهدا أنه كان مِلْكه؛ قبلت)[(٨)]؛ لأن الأصل إبقاء

(١) في (ج): (فتصرفه).
(٢) قوله: (عند الموت) سقط من: (ب)، من قوله: (فيثبت بهذه الشهادة) إلى قوله: (الموت) سقط من: (ج).
(٣) في (أ): (يحلفه).
(٤) سقط من: (أ) و(ج).
(٥) ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٥٧/٧ ـ ٤٥٨، والبناية شرح الهداية: ١٨١/٩.
(٦) في (أ): (يبينان).
(٧) في (ب): (هذا).
(٨) ينظر: البناية شرح الهداية: ١٨٣/٩، ومجمع الأنهر: ٢١٠/٢.

[ما][(١)] كان على ما كان[(٢)].

(ولو أقر المدعى عليه أنه)؛ أي: الشيء المدعى به (كان في يد المدعي أمر بالدفع إليه)؛ أي: إلى المدعي، ثم إن كان له حجة يأتي بها، وإلا أبقي في يد المدعي[(٣)].

(وكذا لو شهدا)؛ أي: الشاهدان (بإقراره بذلك)؛ أي: بإقرار المدعى عليه بأن الشيء المدعى به كان في يد المدعي يحكم بأن يرده إليه، ثم يثبت كما في إقراره بذلك[(٤)].

❊ ❊ ❊

باب الشهادة على الشهادة

(تُقبل)؛ أي: الشهادة على الشهادة استحساناً (في غير حدٍّ وقَوَدٍ) فإنهما يندرئان بالشبهة، وفي الشهادة على الشهادة شبهة البدلية؛ ولذا لا تُقبل فيهما شهادة النساء مع الرجل، والقياس: أن لا تُقبل مطلقاً؛ لأن في تداول الألسنة يمكن زيادة ونقصان[(٥)]، ووجه الاستحسان[(٦)]: شدة احتياج الناس إليها عند عدم قدرة الأصل حضور مجلس القضاء، فلو لم تُقبل؛ لعطلت حقوق الناس[(٧)].

---

(١) سقط من: (أ) و(ج).
(٢) وهذه القاعدة مندرجة تحت قاعدة (اليقين لا يزول بالشك). ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص٤٧.
(٣) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٣٧/٤، البحر الرائق: ١١٩/٧، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤٩٧/٥.
(٤) ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٦٠/٧، البناية شرح الهداية: ١٨٤/٩.
(٥) ينظر: فتح القدير: ٤٦٢/٧.
(٦) في (ج): (الإحسان).
(٧) ينظر: الهداية: ١٢٩/٣.

(وإن) - وصلية - **(تكررت)**؛ أي: تجوز شهادة فرع الفرع وإن سفل، **(وشرط لها)**؛ أي: لقَبُول الشهادة على الشهادة **(تعذر حضور)** شهود **(الأصل)** إلى مجلس القضاء بأحد الأعذار الشرعية، وذلك: إما **(بموت، أو مرض، أو سفر)**؛ أي: غيبة مسيرة سفر[١]، وهي ثلاثة أيام فصاعداً[٢]، وعن أبي يوسف: أنه يُكتفى مسافة بحيث لو غدا إلى مجلس القضاء لا يقدر أن يبيت بأهله[٣]، قالوا: الأول أحسن[٤]، وهذا أرفق بالناس، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

[وفي] الذخيرة: به أفتى كثير من المشايخ[٥]، وعن محمد: أنه يجوز شهادة الفرع، وإن كان الأصل صحيحاً في المصر[٦] ذكره قاضيخان.

وكذا تُقبل إذا كان الأصل امرأة مخدرة، أو غير برزة لم تعتد الحضور إلى مجلس الحكم.

(و)شرط أيضاً: **(أن يشهد عن[٧] كل أصل اثنان)** سواء كانا أو أحدهما من شهد على الأصلين، أو غيره، وإليه أشار بقوله: **(لا تغاير فرعي الشاهدين)**[٨]؛ أي: لا يشترط فيها تغاير الفرعين، بأن يكون فرعا هذا الأصل، مغايراً لفرعي[٩] أصل آخر، حتى لو شهد رجلان على

---

(١) في (أ): (السفر).
(٢) ينظر: الهداية: ١٢٩/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١٥٢/٢.
(٣) ينظر: الهداية: ١٣٠/٣.
(٤) (أي: التقدير بثلاثة أيام (أحسن)؛ لأن العجز شرعاً يتحقق فيه). البناية شرح الهداية: ١٦٠/٩.
(٥) ينظر: الهداية: ١٢٩/٣.
(٦) ينظر: فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية: ٤٨٦/٢.
(٧) في (أ): (من).
(٨) ينظر: الهداية: ١٢٩/٣.
(٩) في (أ) و(ج): (لفرع).

شهادة رَجل [آخر][١] [ثم][٢] شهد هذان بعينهما على شهادة أصل آخر في هذه الحادثة تقبل عندنا[٣]، خلافاً للشافعي، فإنه يقول: كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين[٤]، وعند مالك يكفي واحد عن أصل واحد[٥]، ولنا قول علي رضي الله عنه: «لا تجوز على شهادة رَجل إلا شهادة رَجلين»[٦]، فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من[٧] غير تقييد.

(وصفتها)؛ أي: صفة الشهادة على الشهادة تحميلاً وأداءً، [أما][٨] الأول: فهو (أن يقول الأصل)؛ أي: الشاهد[٩] على [أصل][١٠] القضية[١١] مخاطباً للفرع: (اشهدْ على شهادتي أني أشهدُ بكذا)؛ أي: بأن فلاناً بن فلان أقرّ عندي بكذا مثلاً، والظاهر أن قوله: (أني أشهد) بدل من[١٢] شهادتي، ولا وجه لجعله مفعولاً، وإليه يشعر تركه فيما سيجيء من العبارة الأخصر[١٣].

(و)أما الثاني: فهو أن (يقول الفرع عند الأداء) للقاضي: (أَشهَدُ أن فلاناً أشهدني على شهادته بكذا، وقال[١٤] لي: اشهد على شهادتي به)؛

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) سقط من: (ب).
(٣) ينظر: المبسوط: ١٣٨/١٦، والهداية: ١٢٩/٣.
(٤) ينظر: الأم: ٥١/٧، والحاوي الكبير: ٢٣١/١٧.
(٥) ينظر: القوانين الفقهية: ص٢٠٥.
(٦) نصب الراية: قال عنه: غريب: ٨٧/٤.
(٧) في (أ): (في).
(٨) سقط من: (ج).
(٩) في (أ): (المشاهد).
(١٠) سقط من: (ج).
(١١) في (ج): (قضيته).
(١٢) في (أ): (في).
(١٣) في (ج): (الأصغر).
(١٤) في (ج): (أو قال).

لأنه[(١)] لا بدَّ من[(٢)] شهادته، وذكره شاهد الأصل، وذكر التحميل، وللشهادة على الشهادة لفظ أطول [من هذا][(٣)]، أو أقصر [منه][(٤)]، لكن اختار المصنِّف ما أفتى به[(٥)] الإمام السرخسي[(٦)].

(**ويصح تعديل الفرع أصله**)؛ لأنه إن كان عدلاً صلح للتزكية، وإلا لم يصح[(٧)] للشهادة، لا يقال: هو متهم؛ لأن شهادة نفسه لا تصح إلا بتعديله؛ لأنا نقول: العدل لا يتهم بمثله، كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال أنه إنما شهد ليصير مقبول القول، (**وأحد الشاهدين الآخر**) لما مرّ.

(**فإن سكت عنه جاز**)؛ أي: لو سأل القاضي الفرع عن أصله فسكت ولم يعدله جاز ذلك، (**ونظر في حاله**)؛ أي: وعلى القاضي حينئذ أن ينظر في حال الأصل، ويسأل عنه سراً وعلانية، (**فإن ثبت عدالة**)[(٨)] الأصل (**تقبل**)[(٩)] شهادة فرعه عند أبي يوسف، (**وقال محمد: ترد شهادته**)؛ أي: لو سكت الفرع عن[(١٠)] تعديل أصله رد القاضي تلك الشهادة رأساً؛ لأنه لا شهادة إلا بالعدالة[(١١)].

فإذا لم يعرف الفرع عدالة الأصل لم يكن الذي نقله عن الأصل

---

(١) في (ج): (لأن).
(٢) في (أ): (في).
(٣) سقط من: (ب).
(٤) سقط من: (أ).
(٥) في (أ) و(ج): (عليه).
(٦) ينظر: الهداية: ١٢٩/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١٥١/٢.
(٧) في (ب) و(ج): (يصلح).
(٨) في (أ) و(ب): (ثبتت عدالته).
(٩) في (ج): (قُبل).
(١٠) في (أ): (من).
(١١) ينظر: الهداية: ١٣٠/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٢/٢.

شهادة؛ لعدم شرطها، وهو وجود العدالة، ولأبي يوسف: إن اللازم على الفرع هو النقل دون التعديل؛ لأنه قد يخفى عليه أمره، وعلى[(١)] القاضي حينئذ أن ينظر في حاله، كما لو حضر[(٢)] هو للشهادة[(٣)]، وأدى بنفسه، فإنه يلزم القاضي أن ينظر في عدالته؛ لأجل قَبُول شهادته[(٤)].

(**وتبطل شهادة الفرع بإنكار**) شاهد (**الأصل الشهادة**)؛ لأن التحميل شرط، وقد فات للتعارض بين الخبرين؛ أعني: خبر الأصل وخبر الفرع، فإن خبر الفرع مثبت، وخبر الأصل نافٍ، وذلك يوجب سقوطها، ومعنى المسألة: أن يقول الأصل: مالي شهادة على هذه الحادثة، ومات أو غاب، ثم جاء الفرع يشهد على شهادته بهذه الحادثة، أما مع حضرته، فلا يلتفت إلى شهادة الفرع، وإن لم ينكر[(٥)].

(**وإن شهدا**)؛ أي: الفرعان (**على شهادة اثنين**) أصلين (**على فلانة بنت فلان الفلانية**) بحق من الحقوق، (**وقالا**)؛ أي: الفرعان (**أخبرانا**)؛ أي: الأصلان (**أنهما يعرفانها**)، بما هو طريق المعرفة شرعاً، (**وجاء المدعي بامرأة لم يدريا**)؛ أي: الفرعان (**أنها هي**) التي أشهدهما الأصلان عليها[(٦)] (**أم لا**)، فإن اعترفت[(٧)] بأنها هي، أو كان القاضي يعرفها؛ فبها[(٨)]، وإن أنكرت أن تكون هي المشهود عليها (**قيل له:**)؛ أي: [قال][(٩)] القاضي

---

(١) في (ب): (فعلى).
(٢) في (أ) و(ج): (خطر).
(٣) في (أ) و(ب): (الشهادة).
(٤) ينظر: الهداية: ١٣٠/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٧٠/٧.
(٥) ينظر: الهداية: ١٣٠/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٢/٢.
(٦) في (ب): (عليهما).
(٧) في (ب): (أعرفت).
(٨) في (ج): (فيها).
(٩) سقط من: (ب).

للمدعي: ثبت لك الحق على فلانة بشهادة هذين الشاهدين، **(هاتِ شاهدين)** آخرين يشهدان **(أنها)**؛ أي: هذه المرأة (هي) فلانة المنسوبة بتلك النسبة؛ لأن التعريف بالنسبة قد يتحقق بشهادتهما، والمدعي [يدعي][١] أن تلك [النسبة][٢] للحاضرة، ويحتمل أن يكون لغيرها، فلا بدَّ من إثباتها للحاضرة[٣].

(وكذا) الحكم **(في نقل الشهادة)**؛ أي: في كتاب[٤] القاضي إلى القاضي، إذا[٥] أحضر المدعي رَجلاً واسمه ونسبه موافق لما[٦] في الكتاب، لكن أنكر أن يكون هو المذكور في النقل، يقال للمدعي: أحضر [أ/٢٩٥] شاهدين آخرين يشهدان أنه هو؛ لأن الاسم يشبه الاسم.

(فإن قالا)؛ أي: الشاهدان **(فيهما)**؛ أي: في المسألتين المذكورتين لبيان[٧] النسبة: **(التميمية، لا يجوز)** الاكتفاء بتلك النسبة، **(حتى ينسباها إلى فخْذها)** بسكون الخاء: وهي القبيلة الخاصة عند عدم ذكر الجد[٨]؛ وذلك لأن التعريف لازم في مثل هذا، وهو لا يحصل بالنسبة العامة، والتميمية: نسبة إلى بني تميم، وهم قوم لا يحصون[٩]، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ؛ لأنها خاصة[١٠].

---

(١) سقط من: (ج).
(٢) سقط من: (أ) و(ب).
(٣) ينظر: الهداية ١٣٠/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٧١/٧ ـ ٤٧٢.
(٤) في (أ): (كتابة).
(٥) في (ب): (إذ).
(٦) في (ج): (كما).
(٧) في (أ) و(ج): (ببيان).
(٨) ينظر: مقاييس اللغة: ٤٨١/٤.
(٩) في (أ): (لا يخصون)، ينظر: للتعرف على أفخاذ تميم ـ جمهرة أنساب العرب لابن حزم: ص٢٠٧، قلائد الجمان للقلقشندي: ص١٣٨ ـ ١٤٢.
(١٠) ينظر: الهداية: ١٣٠/٣، وتبيين الحقائق: ٢٤١/٤.

ولهذا قال المصنِّف: (والتعريف يتم بذكر الجد)، والمراد منه: الأدنى عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف على ظاهر الروايات، أو الفخذ؛ لأن ذكره يقوم مقام الجد؛ ولأن الفخذ عندهم اسم الجد الأعلى، فنزل منزلة الجد الأدنى، (أو بنسبة خاصة)؛ يعني: التعريف في غير المعلوم النسب إنما يحصل بنسبة خاصة، وهي في زماننا أكثر ما يكون إلى السكة[1]، أو المحلة[2]، (والنِّسبة إلى المِصْر أو المحلة الكبيرة العامة، وإلى السكَّة الصغيرة خاصَّة)[3]؛ لأن الناس قد اختلطت أنسابهم، واشتبهت نسبتهم، ولم يبقَ لكبارهم تمييز عن غيرهم، وسقطت الاعتبارات، ولم يبقَ سوى النسبة إلى القرى والمحلات.

❊ ❊ ❊

باب الرجوع عن الشهادة

هو أن يقول: كنت مبطلاً في الشهادة، أو يقول: رجعت عما أشهدت به، أو شهدت بزور فيما شهدت، فلا يكون إنكارها رجوعاً؛ لأن الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها.

(لا يصح الرجوع عنها)؛ أي: عن الشهادة التي حكم بموجبها (إلا عند قاضٍ)، وتنكيره يشير إلى أنه يشترط مجلس القضاء أيّ قاضٍ كان، ولا يشترط الرجوع عند الذي شهد عنده، وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء، (فلو ادعى المشهود عليه [رجوعهما][4] عند غيره)؛ أي:

(١) السكة: وهي الزقاق أو الطريق. ينظر: تاج العروس: ٢٠٢/٢٧، مادة (سكك)، المصباح المنير: ٢٨٢/١/مادة سكك.

(٢) ينظر: الهداية ١٣١/٣، والعناية شرح الهداية: ٤٧٤/٧.

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٥٣/٢.

(٤) سقط من: (ج).

لو قال المشهود عليه: إنَّ الشهود الذين[1] شهدوا عليَّ قد رجعوا عن شهادتهم في غير مجلس الحكم، لا تسمع دعواه[2].

وإن طلب يمينهما (لا يحلفان، ولا يُقبل برهانه عليه)؛ أي: لا تقبل بيّنته على رجوعهما عند غير القاضي؛ لأن البينة واليمين تترتبان[3] على دعوى صحيحة، ودعوى الرجوع في غير مجلس القاضي باطلة، (**بخلاف ما لو ادعى وقوعه**)؛ أي: لو ادعى أن رجوعهما وقع (**عند قاضٍ**) تسمع دعواه، ويقبل برهانه على ذلك، ويحكم بصحة رجوعهما، (**وتضمينه**)؛ أي: تضمين المال المدعى (**إياهما**) قيمة ما شهدا [به][4] عليه[5].

(**فإن رجعا**)؛ أي: الشاهدان (**قبل الحكم لا يحكم**) القاضي [بينهما][6] بشهادتهما؛ للتناقض بين كلاميهما، والقاضي لا يقضي بكلام متناقضٍ؛ لأنهما وإن كانا قد أديا الشهادة على وفق[7] دعوى المدعي، ولا على المشهود عليه (**وإن**) رجعا (**بعده**)؛ أي: بعد حكم القاضي بشهادتهما (**لا ينقض**) الحكم؛ لأن الكلامين في نفسهما متناقضان، والقضاء[8] لا ينقض بالمتناقض[9]، مع أن الأول قد رجح باتصال القضاء به، (**وضمنا**) للمدعى عليه (**ما أتلفاه**) من ماله (**بها**)؛ أي: بسبب شهادتهما؛ لإقرارهما على أنفسهما بسبب الضمان، وهو الشهادة الباطلة، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار؛ وذلك لأن السبب على وجه التعدي يكون سبباً للضمان:

---

(١) في (ج): (الذي).
(٢) ينظر: المبسوط: ١٨٩/١٦، والهداية: ١٣٢/٣، والمحيط البرهاني: ٥٤١/٨، وتبيين الحقائق: ٢٤٣/٤.
(٣) في (ب): (تترتبا).
(٤) سقط من: (أ) و(ب).
(٥) ينظر: تبيين الحقائق: ٢٤٣/٤.
(٦) سقط من: (ج).
(٧) في (أ) و(ب): (وقف).
(٨) في (أ): (وللقضاء).
(٩) ينظر: المبسوط: ١٧٩/١٦، والهداية: ١٣٢/٣.

كحافر البئر، والشاهدان قد تسببا لإتلافٍ تعدياً، وإنما يضمنان **(إذا قبض المدعي مدعاه)** مطلقاً؛ أي: **(دَيناً كان أو عيناً)**؛ لأن الإتلاف إنما يتحقق بالقبض[١]، وقال الشافعي: لا يضمنان[٢]، وفي مبسوط شيخ الإسلام[٣]، والذخيرة: إن كان المشهود به عيناً؛ فله أن يضمنهما بعد الحكم قبض المدعي العين أو لا[٤].

(فإن رجع أحدهما)؛ أي: أحد الشاهدين[٥] ولم يرجع الآخر؛ **(ضمن)** الراجع **(نصفاً)** مما تلف بالشهادة على وفق ما تقدم عيناً أو دَيناً، **(والعبرة)** في الضمان وعدمه **(لمن بقي)** من الشهود **(لا لمن رجع)** منهم؛ أي: الأصل في هذا الباب أن المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع، فإذا[٦] كان الشهود اثنان، فرجع أحدهما بقي نصف الحق، فيضمن الراجع النصف[٧]، ولما كان الاعتبار لمن بقي؛ فرَّع عليه بقوله:

(فإن شهد ثلاثة ورجع واحد) منهم **(لا يضمن)** ذلك الراجع شيئاً؛ لبقاء نصاب[٨] الشهادة، وهو يمنع تضمين الراجع.

(فإن رجع) واحد **(آخر)** منهم بشرط **(ضمنا)**؛ أي: الراجعان **(نصفاً)** من الحق؛ لأن ببقاء أحدهما يبقى نصف الحق، وقد قلنا: إنَّ العبرة للباقي، وإنما أشرك الأول مع الثاني في الضمان؛ لأن النصف قد تلف بشهادتهما[٩] أو بشهادة أحدهما، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، فلزم

---

(١) ينظر: الهداية: ١٣٢/٣.
(٢) ينظر: الحاوي الكبير: ٢٥٤/١٧.
(٣) ينظر: خليج البحار: ص٥٤٦، ٥٥٨.
(٤) ينظر: المبسوط: ١٨٦/١٦، والمحيط البرهاني: ٥٤٠/٨.
(٥) سقط من: (ب).
(٦) في (ج): (فإن).
(٧) ينظر: الهداية: ١٣٢/٣.
(٨) في (أ): (النصاب).
(٩) زيد في (أ) - في هذا الموضع - (أو بشهادتهما).

إشراكهما، وعلى هذا إذا رجع الآخر؛ ضمنوا الحق أثلاثاً؛ لأنه تلف بشهادتهم جميعاً[١].

(وإن شهد رَجل وامرأتان) بحق، وقضي بشهادتهم، (فرجعت واحدة) من المرأتين؛ (ضمنت ربعاً) من ذلك الحق؛ لبقاء ثلاثة إلا ربعاً بعدم رجوع من بقي، (وإن رجعتا)؛ أي: المرأتان[٢] معاً أو متعاقبتين[٣]؛ (ضمنتا نصفاً)؛ لأن بشهادة الرَّجل بقي نصف الحق.

(وإن شهد رَجل وعشر نسوة) بحق، وهي جمع امرأة على غير لفظها[٤]، (فرجع ثمان) من[٥] النساء؛ (لا يضمنَّ) بتشديد النون (شيئاً)؛ لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق؛ أعني: الرَّجل والمرأتين، (فإن رجعت أخرى) من الباقيتين[٦] ح (ضَمِنَّ) بتشديد [النون][٧] أيضاً (التسع) الراجعات (ربعاً) من الحق؛ لأنه بقي ثلاثة إلا ربعاً منه النصف بشهادة الرَّجل، والربع ببقاء المرأة الباقية، (وإن رجع) النسوة (العشر)[٨] جميعاً (ضَمِنَّ) بتشديد النون (نصفاً)؛ لبقاء نصف الحق ببقاء الرَّجل.

(وإن رجع الكل)؛ أي: الرجال والنسوة جميعاً؛ (فعلى الرَّجل سدس) من المتلف[٩]، (وعليهن)؛ أي: على النسوة العشر[١٠] (خمسة أسداس) [منه][١١] عند أبي حنيفة؛ لأن عشراً منهن كخمسة رجال؛ لكون

---

(١) ينظر: المبسوط: ١٥٤/٢.

(٢) في (ج): (المرأتين).

(٣) في (أ) و(ب): (متعاقبتان) وفي (ج): (متعاقباً).

(٤) ينظر: معجم ديوان الأدب: ١٦/٤.

(٥) في (أ): (في).

(٦) في (ب): (الباقين).

(٧) سقط من: (ج).

(٨) في (ج): (العشرة).

(٩) ينظر: المبسوط: ١٨٧/١٦ ـ ١٨٨، والهداية: ١٣٣/٣.

(١٠) في (ج): (العشرة).

(١١) (منه) سقط من: (أ).

كل امرأتين قائمتين مقام رَجل واحد، فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال، ثم رجعوا، (وعندهما: عليه نصف، وعليهن نصف)؛ لأن النساء وإن كثرن في الشهادة لم تقم إلا مقام رَجل واحد، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام الرَّجل، فكان الثابت بشهادتهنّ نصف المال، وبشهادته[(١)] النصف الآخر[(٢)].

(وإن شهد) بالحق (رَجلان وامرأة ورجعوا) جميعاً؛ (فالغرم)؛ أي: الضمان (على الرَّجلين خاصة)؛ لأن المرأة الواحدة ليست بشهادة، بل هي بعض الشاهد، فكان القضاء مضافاً إلى شهادتهما دون المرأة، فلا تضمن.

(ولا يضمن) شاهد (راجع شهد بنكاح بمهرٍ مسمىً) وقيد[(٣)] التسمية هنا اتفاقاً[(٤)] (عليها)[(٥)]؛ أي: على المرأة[(٦)]؛ يعني: إذا ادعى نكاح امرأة وهي جاحدة، وأقام على ذلك بينة، فقضي بالنكاح، ثم رجع عن[(٧)] شهادته؛ لا يضمن لها شيئاً؛ لأن المتلف هنا منافع البضع، [ومنافع البضع][(٨)] عندنا غير مضمونة بالإتلاف؛ لأن التضمين يقتضي[(٩)] المماثلة بالنص، ولا مماثلة بين العين والمنفعة[(١٠)]، (أو عليه)؛ أي: على الزوج؛ يعني: إذا ادعت المرأة على رَجل أنه تزوجها على ألف درهم مثلاً، وهو ينكر[(١١)]، فأقامت عليه [أ/٢٩٦] البينة، فقضى القاضي بالنكاح، ثم رجع،

---

(١) ينظر: المبسوط: ١٥٤/٢.
(٢) ينظر: المبسوط: ١٨٧/١٦، والهداية: ١٣٣/٣.
(٣) في (ب) و(ج): (قيد).
(٤) في (ب) و(ج): (اتفاقي).
(٥) في (أ) و(ب): (عليهما).
(٦) ينظر: الهداية: ١٣٣/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٤/٢.
(٧) في (أ): (في).
(٨) سقط من: (أ)
(٩) (يقتضي) سقط من: (أ).
(١٠) ينظر: الهداية: ١٣٣/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٤/٢.
(١١) في (ج): (منكر).

ينظر إلى مهر مثلها إن كان مهر مثلها ألف درهم لا يضمن الراجع؛ لأنه أتلف على الزوج عن مال بعوض، فإن البضع يصير مالاً حال الدخول في مِلْك الزوج، فقد حصل التلف بعوض، فلا ضمان عليه.

قوله: **(إلا ما زاد على مهر المثل)** استثناء من نفي الضمان، فهو إثبات؛ أي: يضمن الزيادة راجع شَهِدَ على الزوج بمُسمًّى أكثر من مهر المثل؛ لأنه أتلف تلك[1] الزيادة بغير عوض فيضمن الزيادة إن كان الراجع أحد الشاهدين، وربعها إن كانت امرأة من رَجل وامرأتين على قياس ما سبق[2].

(ولا) يضمن **(من شهد بطلاق بعد الدخول)**، ثم رجع؛ لأنه إتلاف بعوض، ولا ضمان فيه كما تقدم.

ويضمن **(في الطلاق قبل الدخول نصف المهر)**، إنما قال: (قبل الدخول)؛ لأن المهر تأكد بالدخول لا بشهادته، فلا إتلاف معنى نظراً إلى العوض.

(وفي البيع) [لا يضمن راجع شهد به بمثل القيمة أو أكثر؛ لأنه ليس بإتلاف معنى نظراً إلى العوض إلا][3] **(ما نقص عن قيمة البيع)**؛ يعني: لو كانت الشهادة بيع شيء بدون قيمته؛ فالضمان لازم بالرجوع في ذلك المقدار الناقص عن القيمة؛ لأن ذلك الجزء قد أتلف بلا عوض، فيختص الضمان به[4].

(وفي العتق القيمة) بالنصب عطفاً على المستثنى؛ أي: يضمن الشاهد بالعتق إذا رجع قيمة العبد لمولاه؛ لأنه أتلف عليه مالية العبد من غير عوض[5].

---

(١) في (ج): (ملك).

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٨٨/٧.

(٣) من قوله: (لا يضمن راجع) إلى قوله: (العوض إلا) سقط من: (أ) و(ج).

(٤) ينظر: الهداية: ١٣٤/٣.

(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٥٥/٢.

(**وفي القصاص الدية فقط**)؛ يعني: إذا شهدا[١] أن زيداً قتل بكراً فاقتص زيد، ثم رجعا ضمنا الدية عندنا، ولا يقتص منهما؛ لأن القصاص جزاء مباشرة القتل، ولم يوجد ذلك منهما[٢]، خلافاً للشافعي؛ لوجود القتل سبباً، فأشبه المكره[٣].

(**ويضمن الفرع إن رجع**)؛ أي: في صورة الشهادة على الشهادة لو حكم القاضي بحق لأحدٍ[٤] على آخر بشهادة [الفرع][٥]، ثم رجع؛ [لأن الإتلاف[٦] مضاف إلى شهادته][٧]، (**لا**)؛ أي: لا يضمن (**الأصل إن قال**) عند الرجوع: (**ما أشهدته**)؛ أي: الفرع (**على شهادتي**)[٨]؛ يعني: إذا قال الأصل بعد القضاء بشهادة الفرع: ما أشهدته على شهادتي؛ لا يضمن؛ لأنه أنكر السبب وهو الإشهاد، ولا يبطل القضاء به؛ لأنه خبر محتمل، فلا يبطل به الحكم الثابت، وصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء.

(**وإن قال**) الأصل في الرجوع: كنت (**أشهدته و**) لكني (**غلطت، ضمن الأصل عند محمد لا عندهما**)؛ أي: لا يضمن عند الشيخين، بل يضمن الفرع، لمحمد: إن الفرع إنما نقل شهادة[٩] الأصل، فكأنه حضر وشهد ثم رجع، ولهما: إن الحكم إنما وقع بشهادة الفرع؛ لأن القاضي إنما يقضي بما يعاين من الحجة، وهي ههنا شهادة الفرع.

(**وإن رجع الأصل والفرع**) معاً؛ (**ضمن الفرع فقط**) عند الشيخين؛

---

(١) في (أ) و(ب): (شهد).
(٢) في (أ) و(ج): (منهما ذلك).
(٣) ينظر: مغني المحتاج: ٣٩٢/٦.
(٤) في (ج): (الأحد).
(٥) سقط من: (ج).
(٦) في (ج): (التلف).
(٧) سقط من: (ب).
(٨) ينظر: الهداية: ١٣٣/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١٥٥/٢.
(٩) في (ج): (بشهادة).

لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة في مجلس القضاء، وإذا وجد من الفرع؛ وجب[١] الضمان عليه، (وعند محمد: يُضَمِّنُ) بضم الياء وكسر الميم مشددة (المشهودُ عليه) بالرفع فاعله[٢] (أيَّ الفريقين شاء)[٣] مفعوله؛ أي: المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمَّن الأصل، وإن شاء ضمَّن الفرع؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفرع من وجهٍ، وبشهادة الأصل من وجهٍ، فيخير بينهما، والجهتان متغايرتان، فلا يجمع في التضمين بينهما، ولا يرجع أحد الفريقين على الآخر بعد التضمين.

(وقول الفرع: كَذَبَ أصلي، أو غَلَطَ) في شهادته (ليس بشيء)؛ يعني: بعد الحكم بشهادته[٤]؛ لأن ما أمضى من القضاء لاينتقض بقوله، ولا يجب الضمان عليه؛ لأنه ما رجع عن الشهادة، وإنما شهد[٥] على غيره، بل أخبره عنه بالرجوع، وهو يحتمل الصدق والكذب، فلا يلتفت إليه.

(وإن رجع المزكي عن التزكية ضمن) عند أبي حنيفة هو المأخوذ[٦] (خلافاً لهما)؛ لأن المزكي لم يصدر منه ما يوجب الضمان، غير أنه أثنى على الشاهد خيراً[٧]، فصار كشاهد الإحصان[٨] فيما سيجيء[٩]، وله: إن

---

(١) في (ج): (فوجب).
(٢) في (ج): (فاعليه).
(٣) ينظر: الهداية: ١٣٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٥/٢.
(٤) في (ب): (شهادته).
(٥) في (أ): (يشهد).
(٦) في (ج): (المأخوذة).
(٧) في (أ): (خبر).
(٨) الإحصان: هو النكاح والبلوغ والعقل والإسلام والدخول، فإن شهد أربعة على محصن بالزنا، ورَجلان على الإحصان، ثم رجع شهود الإحصان بعد الرجم؛ لا يجب الضمان على شهود الإحصان ولا يحدّون، ويجب الحد على شهود الزنا، والدية في مالهم، وقال زفر: لا حدّ على أحد، وتكون الدية على الفريقين نصفين. ينظر: الجوهرة النيرة: ١٥٣/٢، ومجمع الضمانات: ص٢٠١.
(٩) ينظر: الهداية: ١٣٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٥/٢.

الحكم مضاف إلى الشهادة، [والشهادة][١] إنما تصير حجة بالعدالة، والعدالة إنما تثبت بالتزكية، فصارت في معنى علة العلة، كما أن الجرح سبب للموت، والرمي سبب الجرح، والحكم يضاف إلى علة العلة، بخلاف شهادة الإحصان، فإنها شرط محض[٢]، والفرق بينهما في الأصول معلوم[٣].

(ولا يضمن شاهد الإحصان برجوعه)؛ أي: لو شهد بالإحصان وحكم [الحاكم][٤] بالرجم، فرجع الشاهد بعد الرجم؛ لم يضمن اتفاقاً؛ لأنه إنما شهد بالشرط والحكم؛ أعني: الرجم لا يضاف إليه، وإنما يضاف إلى العلة؛ أعني: شهادة الزنا.

(ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط) معاً؛ (ضمن شاهد اليمين خاصة)[٥]؛ أي: إذا شهد شاهدان باليمين؛ أي: قالا: إنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، وشهد آخران بوجود الشرط؛ أي: الدخول، ثم رجع الفريقان بعد الحكم؛ فضمان قيمة العبد على شهود اليمين خاصة عندنا؛ لأن السبب إنما هو شهادة اليمين، والتلف إنما يضاف إلى السبب فقط دون الشرط[٦].

(ولو رجع شاهد الشرط وحده) المراد منه: الجنس، فيصدق على المتعدد أيضاً كما يصدق على المفرد[٧]، و(اختلف المشايخ) في حكمه، والأصح أنه لا يضمن[٨].

---

(١) سقط من: (أ).
(٢) ينظر: الهداية: ١٣٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٦/٢.
(٣) في (ب): (معلوم في الأصول).
(٤) سقط من: (ب).
(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار: ١٥٥/٢.
(٦) ينظر: الهداية: ١٣٤/٣، والاختيار لتعليل المختار: ١٥٥/٢.
(٧) في (ج): (الفرد).
(٨) ينظر: العناية شرح الهداية: ٤٨٩/٧.

(ومن عَلِم أنه شهد زوراً) بأن أقر على نفسه أنه شهد زوراً، أو قامت[١] البينة على إقراره بذلك، أو شهد قتل رَجل أو موته وظهر حيّاً، أو شهد برؤية الهلال، فمضى ثلاثون يوماً، وليس بالسماء علة، ولم يرَ الهلال ونحو ذلك، **شُهّر ولا يُعزّر**.

قال في الكافي: اعلم أن شاهد الزور يُعزّر[٢] إجماعاً[٣] اتصل[٤]، القضاء بشهادته أو لا؛ لأنه ارتكب كبيرة يصل ضررها بالمسلمين، وليس فيها حدّ مُقدّر، فيُعزر زجراً له وتنكيلاً؛ لأنهم اختلفوا في كيفيته: فعند أبي حنيفة: تعزيره تشهيره[٥] فقط، **(وعندهما)** وعند الشافعي: **(يُوجع ضرباً ويُحبس)**[٦]؛ لأنه رُوي عن عمر ﷺ: «أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه[٧]»، قيل: هذا محمول على السياسة.

وله: إن شُريحاً كان يُشهّره ولا يُعزّره، [فيبعثه][٨] إلى سوقه إن كان سوقياً، وإلى قومه [إن كان غير سوقي بعد العصر][٩] عند اجتماعهم،

---

(١) في (أ) و(ج): (وقامت).
(٢) في (أ): (يعزل).
(٣) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٣٩١/٢، ومن سياق نقل الإجماع قبل نقل خلاف المذهب يتبين أنه إجماع فقهاء المذهب لا الأمة.
(٤) في (أ): (اتصال).
(٥) في (ج): (تشهير).
(٦) ينظر: المبسوط: ١٤٥/١٦، البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٣٠٥/١٣.
(٧) سخم وجهه: أي: يسود، من السخام، وهو سواد القِدْر. المغرب: ص٢٢١، لسان العرب: ٢٨٣/١٢، والأثر المروي عن عمر ﷺ قال البيهقي عن سند الحديث أنه: منقطع وضعيف. ينظر: السنن الكبرى: ٢٣٩/١٠، ومصنف عبد الرزاق: واقتصرت الرواية فيه على الأربعين سوطاً، ليس فيها تسخيم الوجه ولا غيره: ٣٢٧/٨، ومصنف ابن أبي شيبة: ٢٦/٥، ونصب الراية: ٨٨/٤، الدراية: ١٧٣/٢.
(٨) سقط من: (ج).
(٩) سقط من: (أ) و(ج).

[وإذا لم يكن سوقيّاً][1]، فيقول للناس[2]: إنا وجدناه شاهد زور فاحذروه، وحذروا الناس عنه[3]، وشُريح كان قاضياً في زمن الصحابة، ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم، فحل محل الإجماع، فقد احتج أبو حنيفة بالإجماع بمجرد فعل شُريح[4].

❖ ❖ ❖ ❖

---

(١) سقط من: (ب).

(٢) في (ب) و(ج): (لهم).

(٣) روى الأثر عن شريح محمد بن الحسن في كتابه الآثار ـ كما يقول الزيلعي وغيره ـ ورواه بألفاظ متقاربة البيهقي وعبد الرزاق وابن أبي شيبة، وهي رواية مشهورة في أغلب مصادر الحنفية القديمة. ينظر: السنن الكبرى، للبيهقي: ٢٣٩/١٠، مصنف عبد الرزاق: ٣٢٦/٨، ومصنف ابن أبي شيبة: ٥٥٠/٤، ونصب الراية: ٨٨/٤ ـ ٨٩، والدراية: ١٧٣/٢، والمبسوط: ١٤٥/١٦، والهداية: ١٣١/٣، والاختيار: ١٤٥/٢.

(٤) ينظر: المبسوط: ١٤٥/١٦، والاختيار: ١٤٥/٢.

فهرس الموضوعات
المجلد الثالث

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة